أركان الإتفاق على التحكيم

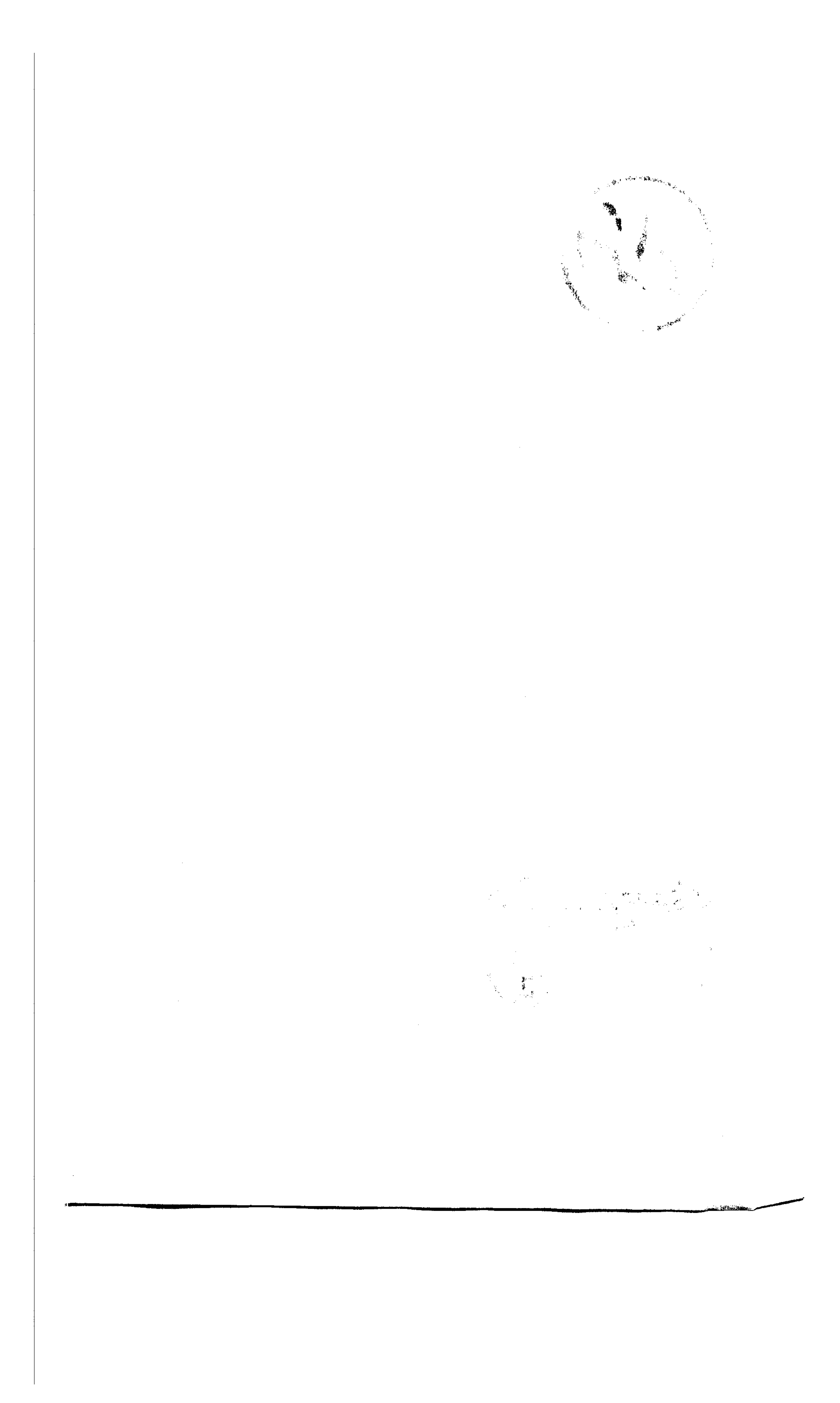
وشـــــــــروط صحته

وفقـا لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنـة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـم فـى المـواد المدنيـة ، والتجارية ، والقانون رقم (٩) لسـنة ١٩٩٧ فـى شأن جـواز التحكيم فى منازعات العقـود الإداريـة وقانون المرافعات الفرنسى المقارن

التعريف بنظام التحكيم ، وبيان عناصره - أركان الإتفاق علـى التحكيـم ، وشروط صحته " الرضاء فى الإتفاق على التحكيـم ، ودور الشـكل فيـه ، الأهلية ، والسلطة الازمتين للإتفاق على التحكيم ، المنازعات التى يمكن أن تكون محلا للإتفاق على التحكيم ، تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كـان ، أم مشارطة (العنصر الشخصى لمحل التحكيم) .

دكتور

محمود السيد عمر التحيوى



٦٠



إهـــــداء

إلى زوجتى العزيزة ، وابنتى رقية حفظهما الله ...

إلى روح والدى الطاهرة ...

إلى والدتى أدام الله بقاءها ...

إلى أخواتى الأعزاء ...

إلى أساتذتى الأفاضل ... إعترافا منى بفضلهم ...

أهدى ثمرة مجهودى ...

بسم الله الرحمن الرحيم

" ربنا لاتزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة
إنك أنت الوهاب * ربنا إنك جامع الناس ليوم لاريب فيه
إن الله لايخلف الميعاد ".

صدق الله العظيم .....

سورة آل عمران " الآية رقم (٨ ، ٩) "

مقدمـــــة

حلول نظام القضاء العام فى الدولة الحديثة محل النظام القديـــم والذى كان يعرف بنظام القضاء الخاص :

لم تعد القوة - **كما كانت فى المجتمعات القديمـــة** - وسـيلة لاقتضـاء الحقوق ، والمراكز القانونية ، والدفاع عنها ، وذلك بتدخل الدولة الحديثة بعد مراحل تاريخية طويلة فى الحياة الإجتماعية ، والإقتصادية ، للقضـاء علـى ماكان يعرف بنظام القضاء الخاص - **والذى كان معروفا فـى المجتمعات القديمة** - حيث كان الأفراد ، والجماعات يلجأون للقوة ، لاقتضاء حقوقـهم بأنفسهم (١) .

فقد حل نظام القضاء العام فى الدولة الحديثة محل النظام القديم - **والـذى كان يعرف بنظام القضاء الخاص** - وأصبحت إقامـة العدالـة ، وتحقيقـها وضمان نفاذ القانون الوضعى الموضوعى هى إحـدى الوظـائف الرئيسـية للدولة الحديثة ، تباشرها حماية للنظام القـانونى الوضعـى ، عـن طريـق الهيئات القضائية التى تنشؤها ، وتمنحها ولاية الفصل فى المنازعـات بيـن مواطنيها " **أفرادا ، وجماعات** " ، وزودتها بكافة الأدوات ، والوسائل التـى تمكنها من النهوض بمهمتها ، ووضعت القوانين ، والنظم الوضعية التى تبيـن طرق الإلتجاء إليها ، والطريقة التى تعالج بها دراسـة الدعـاوى القضائيـة المعروضة عليها ، وفحصها ، والفصل فيها ، وطرق الطعن فيما تصدره من أحكام ، ووسائل تنفيذها . وقد تضمنت هذه النظم ، والقوانين الوضعية جميـع

---

(١) فى بيان خصائص نظام القضاء الخاص الذى كان معروفا فى المجتمعات القديمة ، أنظر :

LUCUIN FRANCOIS : L' adage nul ne peut se faire justice soi meme in annales de la Faculte de Droit du Liege . 1967 . P . 133 et s .

الضمانات التى تكفل استقلال القضاء العام فى الدولة ، وحيدته ، ونزاهته وحمايته من تدخل السلطة العامة ، أو عنت الخصوم " **أفرادا ، وجماعات** " ومايكفل للمتقاضين حرية الدفاع عن حقوقهم ، ومراكزهم القانونية ، ووسائله أمام القضاء العام فى الدولة الحديثة ، والهيئة التى تملك - **دون غيرها** - النيابة عن الخصوم فى الطلب ، والدفاع عن حقوقهم ، ومراكزهم القانونية .

إستئثار القضاء العام فى الدولة الحديثة بمختلف أجهزته القيام بوظيفة القضاء بين الأفراد ، والجماعات ، وتحقيق الحماية القضائية لحقوقهم ، ومراكزهم القانونية - بصورها المختلفة :

إستأثر القضاء العام فى الدولة الحديثة بمختلف أجهزته القيام بوظيفة القضاء بين الأفراد ، والجماعات ، وتحقيق الحماية القضائية لحقوقهم ، ومراكزهم القانونية - **بصورها المختلفة** - وأصبح بذلك القضاء حكرا على أجهزة القضاء العام فى الدولة الحديثة [١] . وتحقيقا لهذا الدور ، فقد منحت الدولة الحديثة مواطنيها " **أفرادا ، وجماعات** " حق الإلتجاء إلى قضائها العام - **ودون تمييز بينهم** - وجعلت منه حقا عاما يتمتع به الجميع ، بلا تفرقة بسبب لون ، أو جنس ، أو جنسية ، ولكنها - **أى الدولة الحديثة** - مع ذلك لم تسمح بأن يمارس حق الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة بطريقة غير منظمة ، وإنما تولت هى وضع الضمانات ، والضوابط التى يجب على مواطنيها " **أفرادا ، وجماعات** " إتباعها عند ممارسته [٢] .

---

(١) **أنظر : محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٢١ص ٦٠ ، ٦١ .

(٢) **أنظر : محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢١ص ٦١ .

إذا كان الأصل أن القضاء – وهو مظهرا من مظاهر سيادة الدولة الحديثة [1] – لايمارس إلا بواسطة الهيئات القضائية فى الدولة الحديثة – والتى أنشئت خصيصا لذلك – فإن الدولة الحديثة – وبما لها من سلطة – تستطيع أن تعترف لبعض الأفراد ، أو هيئات غير قضائية ، بسلطة الفصل فى بعض المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها ، وفى نطاق معين ، ومتى توافرت شروطا معينة :

إذا كان الأصل أن القضاء – **وهو مظهرا من مظاهر سيادة الدولة** الحديثة [2] – لايمارس إلا بواسطة الهيئات القضائية فى الدولة الحديثة – **والتى أنشئت خصيصا لذلك** – فإن الدولة الحديثة – **وبما لها من سلطة** – تستطيع أن تعترف لبعض الأفراد ، أو هيئات غير قضائية ، بسلطة الفصل فى بعض المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فيها ، وفى نطاق معين ، ومتى توافرت شروطا معينة [3] .

---

(1) أنظر : عبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم – المبادئ العامة للتنفيذ طبقا لقانون المرافعات الجديد – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٥٥ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣ ص١٠ومابعدها .

(2) أنظر : عبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم – المبادئ العامة للتنفيذ طبقا لقانون المرافعات الجديد – ١٩٧٨ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٥٥ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣ ص١٠ومابعدها .

(3) أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – ط١ – ١٩٨٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٤ ص ٤٤ .

فحكمة تشريع نظام التحكيم تنحصر فى أن طرفى الخصومة – وبمحض **إرادتيهما ، واتفاقهما** – يفوضان أشخاصا – **ليست لهم ولاية القضاء العام فى الدولة الحديثة** – في أن يقضوا بينهما ، أو يحسموا النزاع بحكم أوبصلح يقبلان شروطه . فرضاء طرفى الخصومة هو أساس نظام التحكيم وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد ، فإنه يجوز لهما تفويض غيرهما فى إجراء هذا الصلح ، أو فى الحكم فى النزاع [١] .

طريقان معتمدان لمباشرة الوظيفة القضائية للدولة الحديثة [٢] :

إذا كانت الوظيفة القضائية قد آلت إلى الدولة الحديثة ، تمارسها بواسطة عضوها القضائى ، فإن هذا العضو لايستأثر مع ذلك بممارستها [٣] . فيوجد طريقان معتمدان لمباشرة الوظيفة القضائية للدولة الحديثة :

الطريق الأول – وهو الطريق العام ، والأصلى :

بمقتضاه ، يلجأ الأفراد ، والجماعات إلى العضو القضائى للدولة الحديثة ، لكى يفصل فيما هم مختلفون فيه من مسائل .

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية والتشريعات المرتبطة بها – الجزء الأول – ط٣ – ١٩٩٤ – دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة – بند ١٢٥ ص ٢٢٥ ومابعدها .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها – الجزء الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – ١٩٩١ – بند ٤ ص ١٠ ومابعدها ، أصول التنفيذ – الجزء الأول – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ .

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٤/٢ – الطعن رقم (٣٦٩) – لسنة (٤٩) ق ، ١٩٨٣/٤/١٤ ، الطعن رقم (٩٠٨) – لسنة (٥٠) ق ، ١٩٨٥/٢/١٢ ، الطعن (٥٧٣) – لسنة (٥١) ق .

والطريق الثانى – وهو طريقا خاصا ، واستثنائيا :

يتيح إمكانية مباشرة نفس العمل بواسطة أفراد عاديين ، لايعدون من العضو القضائى للدولة الحديثة – **وإن كانوا يباشرون وظيفته** . فنظام التحكيم هو عرض لنزاع معين بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على هيئة تحكيم من الأغيار ، تعين باختيارهم ، أو بتفويض منهم ، على ضوء شروط يحددونها ، لتفصل هذه الهيئة فى ذلك النزاع بقرار يكون نائيا من شبهة الممالأة ، مجردا من التحامل ، قطعا لدابر الخصومة فى جوانبها التى أحالها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إليها ، بعد أن يدلى كل منهم بوجهة نظره تفصيلا ، من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية [١] .

والطريقان المذكوران هما طريقان متوازيان ، لايمكن دمجهما من ناحية كما لايمكن إنكار وجوه التقارب بينهما من ناحية أخرى [٢] .

التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " القائمة ، والمحددة ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام

---

(١) أنظر : حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر – جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ – الدعوى الدستورية رقم (١٣) – لسنة (١٥) .

(٢) أنظر : أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ – الهامش رقم (٥) ، مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، أو النظام الخاص للمراجعة (تصحيح الأحكام وتفسيرها ، وإكمالها) – دراسات فى نظم مراجعة الأحكام – ط١ – ١٩٩٣ – بند ٤٢ ص ٧٥ ، ٧٦ ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ٢٠ ومابعدها .

الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة " هـــو - ومـــن حيث الأصل - مكنة إختيارية ، يترك لارادتهم حرية ممارستها :

التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فـــى منازعاتـــهم " **القائمة ، والمحددة ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق علـــى التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة** " هو - **ومن حيـــث الأصـــل** - مكنـــة إختيارية ، يترك لارادتهم حرية ممارستها ، إلا أن النظم القانونية الوضعيـــة - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - قد راعت أن نظام التحكيم - **وبمـــا يشكله من استثناء على ولاية القضاء العام فى الدولة الحديثة** - قد يعهد بـــه إلى أشخاص قد لايتسمون بالدراية ، والمعرفة القانونية الكافية لإنجاز مهمتهم التحكيمية ، فأحاطته بمجموعة من القواعد ، والقيود ، بحيث تتوقف ســـلامة القرارات التى يصدرونها على مراعاتها [1] .

الدولة الحديثة لم تحتكر وحدها سلطة الفصل فى المنازعات التـــى يمكن أن تنشأ بين مواطنيها " أفرادا ، وجماعات " ، وإنما سمحت لهم بالإلتجاء إلـــى نظـــام التحكيـــم ، للفصـــل فـــى منازعاتـــهم " القائمة ، والمحددة ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبـــرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة " ، مـــن خـــلال اتفاقهم - وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة ، دون الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة -- صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بـــالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعـــها -

---

(1) أنظر : محمود محمد هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعـــات - ط٢ - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ١٠٩ ص ٢١٣ ، ٢١٤ .

إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خـــاص - وفقـا للإجــراءات العادية للتقاضى :

لم تحتكر الدولة الحديثة وحدها سلطة الفصل فى المنازعات التى يمكـــن أن تنشأ بين مواطنيها " **أفرادا ، وجماعات** " ، وإنما سمحت لهم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **القائمة ، والمحددة ، أو المحتملـــة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة** " من خلال اتفاقهم - **وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة** ، دون الإلتجاء إلى القضـــاء العام فى الدولة - **صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميـــع منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها- إلا ماستثنى بنـــص قانونى وضعى خاص** - وفقا للإجراءات العادية للتقاضى .

فإذا كان الأصل أن القضاء - **وهو مظهرا لسيادة الدولـــة الحديـــثة** - لايمارس إلا بواسطة الهيئات القضائية المخصصة لذلك ، فإن النظم القانونيـــة الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها ، واعتدادا منها بمايشـــوب إجراءات الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة من بطء ، وتعقيد وماتتطلبه من نفقات قد ترهق جمهور المتقـــاضين** (١) - قـد أجـازت للأفـراد ، والجماعات إخراج بعض المنازعات من ولاية الهيئات القضائية المخصصـــة

---

(١) فى بيان الإعتبارات الداعية للعزوف عن القضاء العام فى الدولـــة الحديثـــة ، كوســـيلة للفصـــل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، أنظر :

HEINKOTZ REYNALD OTTENIOF : Les conciliateurs . la conciliation . une etude comparative . preface de . ANDRE TUNC . Economica . Paris . 1983 . P. 5 , 17 .

وانظر أيضا : **محمود محمد هاشم** - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قـــانون المرافعـــات - ط٢ - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ١٠٧ ص ٢١٢ ، **أحمد ماهر زغلول** - أصول التنفيـــذ - ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، **على سالم إبراهيم** - ولاية القضاء على التحكيم - ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٣ ، ٤ .

للفصل فيها ، وأن يعهدوا بنظرها ، والفصل فيها إلى هيئة تحكيم ، تختار لهذا الغرض . بل إن النظم القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها - قد انتبهت إلى بساطة نظام التحكيم ، ومزاياه ، فعمدت إلى فرضه فى خصوص منازعات معينة ، حددتها بنصوص قانونية وضعية خاصة .

كان نظام التحكيم يعتبر هو القاعدة فى الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات فى المجتمعات القديمة :

عاد نظام التحكيم - **والذى كان يعتبر هو القاعدة فى الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات فى المجتمعات القديمة** [1] - يظهر من

---

(1) كان نظام التحكيم يعتبر هو القاعدة فى الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات فى المجتمعات القديمة ، أنظر :

GLASSON (E .) , MOREL (R .) et TISSIER (A .) : Traite theorique et pratique d'Organisation judiciaire de competence et de procedure civile . Sirey . Paris . 3e ed . T . 5 . 1936 . N . 18 . P. 308 ; MOTULSKY (H .) : L' evolution recente en matiere d' arbitrage international . Rev . arb . 1959 . P. 3 et s ; IBRAHIM N . SAD : La sentence arbitrale . These . Paris . 1969 . P . 5 ; HAMID ANDALOUSSI : L'independence de l'arbitrage . L'arbitrage commnercial international dans les pays Arabes . Bulletin de la cour international d'arbitrage de la c . Mai . 1993 . P. 43 .

وانظر أيضا : صوفى أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - ١٩٦٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٦٩ ومابعدها ، محمود السقا - فلسفة ، وتاريخ النظم الإجتماعية ، والقانونية - ١٩٧٥ - بدون دار نشر - بند ٢٢١ ص ١٠٢ ومابعدها ، إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - ١٩٨٦ - بدون دار نشر - ص ٤٢ ، ٤٣ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٥ ، عزمى عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتى - ط١ - ١٩٩٠ - مطبوعات جامعة الكويت - ص ١٢ ، محمود محمد هاشم - قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته - ط٢ - ١٩٩١ - بند ١٠٧ ص ٢١٢ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٥ ومابعدها ، على

جديد ، وإن كان ذلك فى صورة استثناء من عموم ولاية القضاء العام فى الدولة الحديثة [1] .

ففى الصورة الأولى للمجتمعات – **حيث كانت المجتمعات البدائية تخطو خطواتها الأولى فى سلم المدنية ، والحضارة** – كان نفاذ القانون الوضعى وكفالة احترامه متروكا لمشيئة الأفراد ، والجماعات ، يعتمد على قوتهم الخاصة ، ويعول على وسائلهم الذاتية [2] – **وهو ماكان يعرف بنظام القضاء الخاص Justice privee** – ولم يكن ذلك يسمح باستقرار المجتمعات ، ولايكفل الأمن ، والعدل فيها . فلقد كان القانون الوضعى رهينا فى يد القوة ، تحول دون تطبيقه عليها ، وتمارسه ضد الأضعف منها . وفى وضع مثل ذلك ، يفقد القانون الوضعى كثيرا من مقوماته الفنية ، والخلقية . فيفقد من مقوماته الفنية صفتى العموم ، والإلزام ، بالقدر الذى تحول فيه

رمضان بركات – خصومة التحكيم فى القانون المصرى ، والقانون المقارن – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩٦ – بند ١ ص ١ – الهامش رقم (٢) ، أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – ص ٦ ، بند ٤ ص ١٢ ، أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – ١٩٩٦ – ومنشورة ١٩٩٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٣ .

(١) فى استعراض الصورة الحديثة لنظام التحكيم ، أنظر :

ROBERT et MOREAU : Rep . Proc . Civ . V . Arbitrage ; E . BERTRAND : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principles matieres de droit prive . 1975 ; VINCENT et GUINCHARD : Procedure civile . precis Dalloz . 21 e ed . 1987 . N . 1343 et s .

[2] أنظر : طه أبو الخير – حرية الدفاع – طبعة سنة ١٩٧١ – ص ١١ ، أحمد ماهر زغلول – الدفاع المعاون – الجزء الأول – طبعة سنة ١٩٨٦ – بند ١ ومايليه – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ص ٥ ٦ .

القوة دون تطبيقه على أصحاب النفوذ ، والسلطان فى المجتمع . كما يتجـــرد من أسانيده الخلقية ، حينما لايتحقق العدل ، ويضيع الحق فى مواجهة القـــوة هذه كانت أزمة القانون الوضعي في تلك الحقبة (١) .

ولم يكن ممكنا تجاوز هذه الأزمة ، والتغلب عليها ، إلا بإيجاد عضو غـــيرى محايد ، تكون وظيفته هي السهر على حماية القانون الوضعـــى ، وضمـــان تطبيقه في الواقع العملي (٢) ، ويكون في الوقت ذاته مزودا بالسلطة التـــى تكفل فرض سريانه ، ونفاذه فى مواجهة المجتمع (٣) .

فضرورة وجود هذا العضو تمثل ضرورة وجود القـــانون الوضعـــى ذاتـــه باعتبارها ضرورة متممة له ، لايستقيم ، ولاتتكامل مقوماتـــه بدونـــها (٤) .

فلايقدر لمبدأ المشروعية قيام ، واستقرار ، إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حـــر ومستقر ، يحميه من الإعتداء ، ويدفع عنه الطغيان (٥) .

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيـــم القضائى ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ص ٦ .

(٢) فى ارتباط مبدأ نفاذ القانون الوضعى ، وسيادته بوجود قضاء يضمن هذا النفاذ ، أنظـــر : محمـــد عصفور – سيادة القانون – ص ٣ ، ص ٩١ ومابعدها ، ص ١٩٨ ، ص ٢٢٧ ومابعدها ، الحريـــة فى الفكرين الديمقراطى ، والإشتراكى – طبعة سنة ١٩٦١ – ص ٣٠٦ ومابعدها ، عبد الحميد متـولى – الوسيط – طبعة سنة ١٩٥٦ – ص ٢٩٦ ومابعدها ، فتحى عبد الكريم – السيادة ، والدولة فى الفقـه الإسلامى – دراسة مقارنة – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – ص ٢٦ ومابعدها .

(٣) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيـــم القضائى ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ص ٦ .

(٤) أنظر : أحمد ماهر زغلول – الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات – الكتاب الأول – التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص – بند ٢ ص ٦ .

(٥) أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى – مخالفة التشريع للدستور ، والإنحـــراف فى اســـتعمال السلطة التشريعية – مقالة منشورة بمجلة مجلس الدولة المصرى – السنة الثالثة – ص ٢ .

وفى البداية ظهر هذا العضو فى اطار مايسمى بنظام التحكيم L'arbitrage ، والذى كان اختياريا [1] ، ثم صار إجباريا فى مرحلة لاحقة [2] ، [3] وبمقتضى هذا النظام ، يلجأ الأطراف ذوو الشأن إلى شخص ثالث " محكم " L'arbitre ، من الغير ، يكون محايدا ، ومجردا من المصلحة ، بشأن المنازعات المعروضة عليه ، ليفصل فيماهم فيه مختلفون .

---

(١) فى دراسة نشأة نظام التحكيم ، وتطوره ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة المنوفية - ١٩٩٦ - ص ١ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٥ ومابعدها .

(٢) فى بيان الصور الحديثة لنظام التحكيم ، وازدهاره فى فترة مابين الحربين العالميتين الأولى ، والثانية ، أنظر :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : Rep . Proc . Civ . 2e ed . T. 1 . V . Arbitrage ; **BERNARD (E .)** : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matieres de droit prive . ed . 1975 ; **CARABIBER** : Les developpement de l'arbitrage sous les suspices de grandes centres d'arbitrage . Dr . Sos . 1956 . 457 ; **JARROSSON** : La notion d'arbitrage . These . Paris 11 . 1985 . L . G . J . D . Paris . 1987 . preface **OPPETIT ; EL . GOHARY MOHAMED** : Arbitrage et les contrats commerciaux internaux a long term . These . Renne 1. 1982 . P. 253 et s .

(٣) فنظام التحكيم - وكما لاحظ البعض - فى التشريع الحديث أثرا من آثار القضاء الخاص فى المجتمعات البدائية ، أنظر: رمزى سيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ٦٣ ، صوفى أبو طالب - مبادئ تاريخ القانون - ط١ - ١٩٥٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٧٩ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم - مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر ١٩٨٧ - المطبعة العربية الحديثة - ١٩٨٨ - بند ٤٧ ص ١٤٧ .

ولم يكن نظام التحكيم – **وبالصورة التى كان عليها فى المجتمعات القديمة** – ليستمر بعد أن انتظمت المجتمعات فى هيئة دول .

فلقد صار القضاء من واجبات الدولة الحديثة ، وإحدى وظائفها الأساسية وهو فى الوقت ذاته مظهرا لسيادتها . ولم يعد يتفق مع ذلك أن يمارس القضاء غير أعضاء الدولة الحديثة **Organes etatiques** ، والذين تعينهم لهذا الغرض ، وتزودهم بالسلطة ، والصفة الازمتين لذلك . وهكذا انتهى الأمر إلى حلول القضاء العام فى الدولة محل القضاء الخاص وقضاء التحكيم .

وقد يكون الإتفاق على التحكيم سابقا ، أو لاحقا لنشأة النزاع موضوعه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . فإذا كان سابقا على نشأة النزاع موضوعه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فإنه يرد فى صورة شرط فى عقد معين . بمقتضاه ، يتفقون على أن مايمكن أن ينشأ عن تفسيره ، أو تنفذه من منازعات ، يتم الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، ويطلق عليه عندئذ : **شرط التحكيم Clause compromissoire** .

أما إذا كان لاحقا لنشأة النزاع موضوعه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فإنه يأخذ صورة عقد يتفقون فيه على عرض النزاع القائم ، والمحدد على هيئة تحكيم ، للفصل فيه ، بدلا من الإلأتجاء إلأى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – **وأيا كان موضوعها** – إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص . ويطلق عليه عندئذ : **مشارطة التحكيم Compromis** .

مزايا نظام التحكيم (١) : نظام التحكيم - **كطريق للفصل فى المنازعـــات بين الأفراد ، والجماعات** - ليس بظاهرة جديـــدة مســتقلة بجذورهـــا عـــن الماضى السحيق (٢) ، (٣) ، (٤) ، (٥) ، (٦) ، (٧) ، (٨) ، (٩) ، **وإنما هـو**

---

(١) فى بيان مزايا نظام التحكيم ، أنظر :

FOUSTOUCOS : **L'arbitrage interne et international en droit prive Hellenique . Litec . Paris . 1976 . N . 2 . P . 3 , 4 ; R . DAVID : L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1981 . N . 19 . P . 28 .**

وانظر أيضا : **محسن شفيق** – التحكيم التجارى الدولى – دروس ألقيت على طلبة الدراســـات العليـــا بكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧٣ – بند ٢١ ومايليه ص ١٧ ومابعدها ، **وجـــدى راغـــب فهمى** – نظام التحكيم فى قانون المرافعات الكويتى – بحث برنامج الدورات التدريبية بكلية الحقـــوق – جامعة الكويت – ١٩٩٣ – ص ٢ ، ٣ ، **محمود محمد هاشم** – قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاتـــه – بند ١٠٧ ص ٢١٢ ، **أحمد محمد مليجى موسى** – التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعـــات ، معلقـــا عليها بآراء الفقه ، وأحكام النقض – ١٩٩٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بنـــد ١٧٥ ص ٢٠٧ ، **مختار أحمد بريرى** – التحكيم التجارى الدولى – دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيـــم فى المواد المدنية ، والتجارية – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٤ ومايليه ص ٨ ومابعدهـــا ، **عبد الحميد الشواربى** – التحكيم ، والتصالح – ص ٢٧ ومابعدها ، **هشام على صادق** – القـــانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – ١٩٩٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بنـــد ١٢٥ ص ١٥١ ومابعدها ، **أحمد ماهر زغلول** – أصول التنفيذ – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٣٥ ، **على بركـــات** – خصومة التحكيم فى القانون المصرى ، والقانون المقارن – رسالة مقدمة لنيـــل درجـــة الدكتـــوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٩٦ – ومنشورة سنة ١٩٩٦ – دار النهضة العربيـــة بالقاهرة ، **على سالم إبراهيم** – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ٣ ، ٤ .

(٢) فى اعتقاد جانب من فقه القانون الوضعى المقارن بأن نظام التحكيم قد ظهر فى اليونان القديمة مـــابين القرنين السادس ، والرابع قبل الميلاد ، وأنه قدصدرت العديد من أحكام التحكيم فى القرن الســـادس قبـــل الميلاد ، أنظر :

FOUSTUCOS : **L'arbitrage interne et internationale . Droit prive helenique liter . 1976 . preface B . GOLDMAN . N.2 .**

وانظر أيضا : محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٦ .

(٣) عرف نظام التحكيم – كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – فى مصر القديمـة ، وبابل ، وآشور ، أنظر: إبراهيم العنانى – العلاقات الدولية – جامعة عين شمس – ١٩٨٥ – دار الفكر العربى – ص ١٧٦ ، صوفى أبو طالب – تاريخ النظم القانونية ، والإجتماعية – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية – ص ٢٠٣ ، عبد الحسين القطيفى – دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية – المقالة المشـار إليها – ص ٣٢ ومابعدها .

(٤) عرف نظام التحكيم لدى قدماء الإغريق ، فى المنازعات بين دويلات المدن اليونانية . كما عــرف قدماء الإغريق كذلك معاهدات التحكيم الدائمة ، بالإضافة إلى حالات التحكيم المنفردة ، أنظر : عبـد المحسن القطيفى – دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية – ص ٣٢ ومابعدها ، إبراهيم العنـانى – اللجوء إلى التحكيم الدولى – ط١– ١٩٧٣ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٢ ، فخـــرى أبـو يوسف مبروك – مظاهر القضاء الشعبى لدى الحضارات القديمة – مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونيـة ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – السنة السادسة – العدد الأول – يناير – سـنة ١٩٧٤ – ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٥) فى بيان ملامح نظام التحكيم فى روما منذ أقدم العهود – سواء فى عصر الإمبراطورية القديمـة ، أو فى عصر الإمبراطورية السفلى – وبصفة خاصة ، فى العقود الرضائية ، أنظر :

MONIER : **Manuel elementaire de Droit Romain montchrestien . 1947 . T. 1 . N. 150 ; CHARLES JARRASSON : La notion d'arbitrage . Paris . 1987 . Bibliotheque du Droit prive . N. 1 et s , et N. 750 et s .**

وانظر أيضا : محمود السقا – تاريخ القانون المصرى – ط١ – ١٩٧٠ – مكتبة القاهرة العربيـة – ص ٢٥٤ ، ٢٧٠ ، محسن شفيق – التحكيم التجارى الدولى – دراسة فى قانون التجارة الدولية – دروس ألقيت على طلبة دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق – جامعة القـاهرة – ١٩٧٣ – ص ص ٣٧ – ٣٩ ، أبو زيد رضوان – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – ص ٤ ، عبد القادر الطـورة – قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية – بند ٣٠ ص ٥٥ ، محمد نور عبد الهادى شـحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٦ ومابعدها .

(٦) التحكيم ليس فقط نظاما إغريقيا رومانيا ، وإنما نظاما عرفه كل من المصريين القدماء ، والآشـوريين ، والبابليين ، والعرب قبل الإسلام . أنظر : عبد الحسين القطيفى – التحكيم فى المنازعات الدوليـة – بغداد – العدد الأول – ١٩٦٩ – ص ٣٢١ ، محمود السقا – تاريخ القانون المصرى – طبعـة سـنة

١٩٧٠ – ص ص ٢٥٤ – ٣٧٠ ، فؤاد عبد المنعم – حكم الإسلام فى القضاء الشعبى – طبعة سنة ١٩٧٣ – ص ١٨ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٨ ، ٩ .

(٧) يكون التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاقم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة – صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – وأيا كان موضوعها – إلا ما استثنى بنص قانونى وضعى خاص – فى الشريعة الإسلامية الغراء جائزا بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، وإجماع الأئمة رضوان الله عليهم . فى دراسة التحكيم فى الشريعة الإسلامية " بيان صوره ، وطبيعته " ، أنظر : إسماعيل أحمد محمد الأسطل – التحكيم فى الشريعة الإسلامية – رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٨٨ ، على على منصور – الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام – ط١ – ١٩٦٢ – ص ٢١١ ، محمد نور عبد الهادى شحاتة – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٩ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ١١

(٨) عرف نظام التحكيم قبل الإسلام – عند العرب ، وغير العرب – إذ يعتبر نظام التحكيم مرحلة راقية وصلت إليها الجماعات البشرية ، بعد أن كان الإلتجاء إلى الإنتقام الفردى سائدا ، والإحتكام إلى القوة مبدأ . فيعتبر نظام التحكيم أعلى مراحل التطور الذى وصلت إليه الجماعات البشرية ، وقد استقرت فكرة التحكيم فى أذهان الناس ، وألفوا الإلتجاء إليه ، حتى أصبحت عادة أصيلة فى نفوسهم . ومع ذلك ، كان الإلتجاء إلى التحكيم إختياريا ، وتنفيذ حكم التحكيم الصادر متروكا أمره للمتنازعين : ، صوفى أبو طالب – مبادئ تاريخ القانون – ط١ – ١٩٥٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٩

(٩) عرف نظام التحكيم قبل الإسلام ، إذ كان يتولى شيخ القبيلة الفصل فى المنازعات التى تدور بين أفراد قبيلته . أما المنازعات التى كانت تدور بين قبيلتين ، أو أكثر ، فكان يتولى مهمة التحكيم فيها شيخ قبيلة أخرى محايدة . وقد احتكم شيوخ العرب إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قبل بعثته بمكة ، عندما أراد كل منهم وضع الحجر الأسود فى مكانه ، عند إعادة بناء الكعبة . فى معرفة نظام التحكيم عند العرب قبل الإسلام ، أنظر : محمود سلام زنانى – التحكيم عند العرب – مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم بالعريش – ص ١٣ ومابعدها .

عرف نظام التحكيم عند غير العرب ، أنظر : **أبو اليزيد على المتيت** – الأصول العلمية ، والعملية لإجراءات التقاضى – ط٢– ١٩٨٦ – المكتب الجامعى الحديث بالقاهرة – ص ٢٤٣ ومابعدها .

وفى بيان قواعد الإلتجاء إلى التحكيم فى العصور الوسطى . وخاصة ، فى المعارض ، أنظر :

GOUBEAU DE LA BILENNERIE : Traite generale de l'arbitrage . Paris . . P. 17 ; **JEANCLOS** : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII AU XV siecle . Dijon . 1977 .

وانظر أيضا : **محمد ، وعبد الوهاب العشماوى** – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – الجزء الأول – ١٩٥٧ – مطبعة الآداب بالقاهرة – بند ١١ ص ١٢ ، **حسنى المصرى** – شرط التحكيم – مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم بالقاهرة – ١٩٨٩ – ص ١٤٧ .

والتحكيم ليس فقط نظاما إغريقيا رومانيا ، وإنما نظاما عرفه كل من المصريين القدماء ، والآشوريين ، والبابليين ، والعرب قبل الإسلام . أنظر : **عبد الحسين القطيفى** – التحكيم فى المنازعات الدولية – بغداد – العدد الأول – ١٩٦٩ – ص ٣٢١ ، **محمود السقا** – تاريخ القانون المصرى – طبعة سنة ١٩٧٠ – ص ص ٢٥٤ – ٣٧٠ ، **فؤاد عبد المنعم** – حكم الإسلام فى القضاء الشعبى – طبعة سنة ١٩٧٣ – ص ١٨ ، **محمد نور عبد الهادى شحاتة** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٨ ، ٩ .

ويكون التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة – صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – وأيا كان موضوعها – إلا مااستثنى بنص قانونى وضعى خاص – فى الشريعة الإسلامية الغراء جائزا بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية المطهرة ، وإجماع الأئمة رضوان الله عليهم . فى دراسة التحكيم فى الشريعة الإسلامية " بيان صوره ، وطبيعته " ، أنظر : **إسماعيل أحمد محمد الأسطل** – التحكيم فى الشريعة الإسلامية – رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٨٨ ، على على منصور – الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام – ط١ – ١٩٦٢ – ص ٢١١ ، **محمد نور عبد الهادى شحاتة** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٩ ومابعدها ، **عبد الحميد الشواربى** – التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع – ١٩٩٦ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – ص ١١

تطبيقا لفكرة التحكيم فى المجتمعات القديمة ، وامتـــدادا للتحكيـم التجـارى الدولى فى العصور الوسطى [١] .

ذلك أنه كان من شأن زيادة معدل التجارة ، واتساع سوقها ، نتيجة لزيـادة وسهولة المواصلات عبر الحدود ، وعدم ملاءمـة التنظيمـات القضائيـة والقوانين الوضعية ، للفصل فيماينشأ عنها من منازعات ، أن انتشر التحكيـم كبديل للقضاء العام فى الدولة ، لما يتميز به من تحرر الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من القيود التـى تفرضـها النظـم القانونيـة الوضعية لمختلف الدول ، ذات الإتجاهات ، والمذاهب المختلفة .

---

(١) فى بيان قواعد الإلتجاء إلى التحكيم فى العصور الوسطى . وخاصة ، فى المعارض ، أنظر :

GOUBEAU DE LA BILENNERIE : Traite generale de l'arbitrage . Paris . . P. 17 ; JEANCLOS : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII AU XV siecle . Dijon . 1977 .

وانظر أيضا : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – الجزء الأول – ١٩٥٧ – مطبعة الآداب بالقاهرة – بند ١١ ص ١٢ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم – مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم بالقاهرة – ١٩٨٩ – ص ١٤٧ .

فالتحكيم إجراءاته مبسطة ، ولاتماثل الإجراءات القضائية العادية ، ويبعد عن الشكلية ، ولكن التبسيط لايصح أن يكون على حساب ضمانات التقاضى الأساسية . **وأهمها** : تمكين الخصوم فى التحكيم من إبداء وجهة **نظرهم** ودفاعهم ، ودفوعهم بشكل كاف . فيجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - وإن أعفتهم النظم القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - من التقيد بإجراءات التقاضى العادية - **ضرورة مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضى** . خاصة ، ماتعلق منها بمبدأ حرية الدفاع ، والمواجهة بين الخصوم فى إجراءات التحكيم . فضلا عن مراعاة القواعد الأخرى الخاصة بنظام التحكيم - **والمقررة قانونا** (1) .

وتخلص نظام التحكيم من الشكليات القضائية ، هو الذى ترجع إليه معظم مزاياه - سواء على الصعيد الدولى ، أم على الصعيد الداخلى .

والتحكيم - **كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات** - يوفر الوقت ، حيث يتفادى أطراف العلاقات الخاصة من خلاله تعدد درجات التقاضى ، وبطء الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عن طريق القضاء العام فى الدولة الحديثة ، والذى لايفصل فيه إلا إذا جاء دوره ، وبعد أن ينال من التأجيلات مالا يتسع معه صدور الخصوم أصحاب الشأن ، وما لايتفق مع مصلحتهم فى كثير من الأحيان (2) .

---

(1) أنظر : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩٠ - **دار الفكر العربى بالقاهرة** - بند ٨١ ومايليه ، قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته - بند ١٠٧ ص ٢١٢ .

(2) أنظر : **محمد عبد الخالق عمر** - النظام القضائى المدنى - الجزء الأول - ط١ - ١٩٧٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٩٧ .

الدولية منها بسمعة كبيرة ، بعد أن أصبح من غير الميسور على القضاء العام في الدولة أن يفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات في وقت قصير ، وبعد أن تعقدت شئون الحياة ، وزادت مشاكلها ، حيث يلجأ أطراف العقود التجارية إلى نظام التحكيم ، للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ بمناسبتها – **وفي مدة قصيرة ، تجعلهم يتفرغون لتجارتهم ، بدلا من إضاعة الوقت أمام القضاء العام في الدولة الحديثة ، لمدد قد تصل في بعض الأحيان إلى عدة سنوات** (١) .

فقد يطول نظام التقاضي داخل الدولة بشكل لاتحتمله طبيعة التجارة ، والتي تحسب حسابا لثمن الساعة ، والدقيقة ، والثانية . فالدعوى أمام القضاء العام في الدولة الحديثة تمر بمراحل متتالية ، بين المحكمة الإبتدائية ، والمحكمة الإستئنافية ، ومحكمة النقض ، وربما استخدمت إشكالات التنفيذ ، كوسيلة لتعطيل تنفيذ أحكام القضاء العام في الدولة الحديثة (٢) .

وعلى العكس من ذلك ، فإن نظام التحكيم يمر عادة بدرجة واحدة من هذه الدرجات ، هي العرض على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم (٣) .

---

(١) وإن كانت ميزة نظام التحكيم في توفير الوقت قد لاتتوافر في بعض الأحيان ، لأن قضايا التحكيم قد يطول في بعض الأحيان نظرها إلى بضع سنوات .

(٢) أنظر : **عبد الحميد أبو هيف** – طرق التنفيذ ، والتحفظ في المواد المدنية ، والتجارية – ط٢ – ١٩٢٣ – مطبعة الإعتماد بالقاهرة – ص ١١٨ ، **أحمد حسني** – عقود إيجار السفن – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٢٦٥ .

(٣) وتشترط غرفة التجارة الدولية بباريس على الطرفين أن يتنازلا مقدما عن كل طريق للطعن في حكم التحكيم ، يمكنهم التنازل عنه مقدما ، أنظر : **محيي الدين إسماعيل علم الدين** – منصة التحكيم

وقد لاتتوافق الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - مع متطلبات المعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها حيث أن طبيعة هذه المعاملات التجارية تتطلب الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **والتى يمكن أن تنشأ بمناسبتها** - فى سرية ، أو بأقل قدر ممكن من العلانية ، والنشر ، حيث أن هذه السرية تعد فى الواقع إحدى الضمانات الهامة للشركات المتنازعة ، ذات السمعة العالمية ، والشهرة الكبيرة ، حيث تعتمد فى معاملاتها أساسا على الثقة فيها ، والبعد عن المشاكل . والإعلان ، والنشر الازمين لأحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة يكونان بمثابة أضرار بالغة فى مجال المعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها ، حيث تكون قيمة العقود المتعلقة بها كبيرة جدا ، ويتعذر إخفاء نوع المعاملة بين الأطراف ذوى الشأن ، وحجم النزاع ، ومقدار الأموال التى يتعلق بها .

فيحقق نظام التحكيم للمعاملات التجارية . وخاصة ، الدولية منها مزايا السرية ، حيث تكون جلساته سرية ، ويتفادى بذلك العلانية التى تتسم بها أحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة [1] . فلا تجد مايتم خلال جلسات التحكيم من مناقشات ، وأوجه دفاع سبيلا إلى النشر ، والعلانية ، مالم يرغب أطراف التحكيم ذلك ، محافظة منهم على أسرارهم ، والتى قد يكون لهم مصلحة فى عدم إذاعتها . إذ لاتوجب النظم القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها** ، واتجاهاتها - أن تكون جلسات هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم علنية .

التجارى الدولى - الجزء الأول - ١٩٨٦ - شركة مطابع العنان بالقاهرة - ص ٩ - القاعدة رقم (١)
.

(1) أنظر : فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٢ ص ٤١ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ٩٧ .

بعكس الحال بالنسبة لجلسات القضاء العام فى الدولة الحديثة ، وأحكامه القضائية ، الصادرة فى الدعاوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها بين الأفراد ، والجماعات ، إذ الأصل فيها العلانية .

فالتحكيم - **كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات** - يسمح بأن يحتفظ بالأسرار العائلية ، وأسرار الأعمال ، حيث يحفظ أسرار الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فلا يضطلع عليها سوى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمحامون المدافعون عنهم ، وهؤلاء يلتزمون بالمحافظة على أسرار المهنة ، فلا يمكن لهم أن يذيعوا موضوع النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه ، وتفاصيله . ولذلك تحرص الأطراف المتعاقدة فى المسائل التجارية على تشكيل هيئة تحكيم خاصة بهم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** - أو على الإلتجاء إلى مراكز التحكيم المتخصصة ، والمنتشرة فى جميع أنحاء العالم - **كغرفة التجارة الدولية بباريس ، أو محكمة تحكيم لندن ، وغيرها من المراكز المتخصصة** - لتشكيل هيئة تحكيم ، تتولى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بصفة سرية ، وعند نشر المبادئ القانونية الخاصة بحكم التحكيم الصادر عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، يراعى الإقتصار على ذكر المبادئ القانونية التى يثيرها النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، دون ذكر أسماء الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو قد تنشر أسماؤهم ، إذا أذنوا هم فى ذلك [1] .

---

(1) فى بيان دور نظام التحكيم فى الحفاظ على سمعة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، وأسرار معاملاتهم ، أنظر : **وجدى راغب فهمى** - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - مقالة ألقيت فى الدورة التدريبية للتحكيم - جامعة الكويت - كلية الحقوق - ١٩٩٢/ ١٩٩٣- ص ٤ ومابعدها .

ونظام التحكيم يتيح للأطـراف المحتكميـن " **أطـراف الإتفـاق علـى التحكيم** " إنتقاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم ممن لديهم الخبرة الكافية ، والتكوين المهنى ، والتخصص فى الفصل فى نوع معيـن مـن المنازعـات التـى يمكـن أن تنشـأ بيـن الأفـراد والجماعات [1] . حيث تكون هيئة التحكيم المكلفـة بـالفصل فـى النـزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **وفى الغالب من الأحوال** – متخصصة فـى المنازعات التى يطلب منها الفصل فيها ، ولديها من الخبرة الفنيـة مايمكنـها من ذلك ، دون حاجة إلى انتداب الخبراء ، كما يحدث عـادة أمـام جـهات القضاء العام فى الدولة الحديثة – **وذلك إذا عرضت مسـألة فنيـة لايمكـن للقاضى أن يبدى رأيه فيها** [2] .

فالأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " يمكنهم أن يراعوا عند اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم درجة التخصص المطلوبة فى موضوع النزاع ، وهذه ميزة قد لاتتوافر فـى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، حيث ينظر القاضى العام فيها – **كقـاعدة** – كل أنواع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعـات ، دون أن يكون متخصصا فى نوع معين منها . وبذلك ، يمكن عن طريق نظام التحكيم تفادى مايوجه إلى نظام القضاء العام فى الدولة الحديثة من عدم التخصـص فى نوع معين من المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعـات أو اعتمادهم بصفة مطلقة على ماينتهى إليه رأى الخبير المنتدب فى الدعـوى القضائية المعروضة عليهم ، للفصل فيها ، دون مناقشة ، أو تعديل . ولعـل هذا مادفع ببعض الدول الحديثة إلى تشكيل المحاكم القضائية فى المنازعـات

---

(1) أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – ص ١٩٨ .

(2) أنظر : أحمد حسنى – عقود إيجار السفن – بند ٢٧٤ ص ٢٦٦ .

التجارية التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات من التجار ، كما حدث بالنسبة لفرنسا [1] .

ونظام التحكيم هو الوسيلة المثلى للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الأفراد ، والجماعات فى العلاقات الدولية الخاصة . خصوصا ، مع نمو العلاقات التجارية الدولية [2] ، وزيادة عدد المشروعات ، والشركات الدولية ، لأنه بعرضها هيئة تحكيم خاصة محايدة ، لاتنتمى بوجه خاص لجنسية معينة ، للفصل فيه ، يبعث على الثقة فيها ، وفى أحكام التحكيم التى تصدرها فيما يعرض عليها من منازعات بين الأفراد ، والجماعات [3] . وتدل التجربة على أن قبول ، وتنفيذ أحكام التحكيم من جانب الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أيسر من قبولهم ، وتنفيذهم لأحكام القضاء العام فى الدولة الحديثة ، نظرا لما تتمتع به أحكام التحكيم من ثقة فى مجال المعاملات الوطنية ، والدولية على حد سواء [4] .

---

(1) أنظر : **محيى الدين إسماعيل علم الدين** - منصة التحكيم التجارى الدولى - القاعدة رقم (١) - ص ٩ .

(٢) التجارة الدولية هى : نشاط يتعلق بالتداول الحر للثروات ، وعمليات الإنتاج ، بين حدود أكثر من دولة ، وقد ارتبط هذا النشاط إبتداء بالمبادرات الفردية للأشخاص ، ثم اعتمد فى الوقت الحاضر على قوة استغلال رأس المال الخاص الذى تحكمه قواعد المنفعة ، وتحقيق الربح ، أنظر : **سلامة فارس عزب** - دروس فى قانون التجارة الدولية " ماهيته ، مصادره ، دوافع وجوده ، ومنظماته " - ٢٠٠٠ - بدون دار نشر - ص ٥ .

(٣) أنظر : **أسامة الشناوى** - المحاكم الخاصة فى مصر - رسالة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩٠ - ص ٧ ومابعدها .

(٤) أنظر : **أحمد محمد مليجى موسى** - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٧٩ - ص ١٨٣ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ٩٨ .

ويكاد يجمع فقه القانون الوضعى على ان غالبية منازعات عقود التجارة الدولية يتم الفصل فيها عن طريق الإلتجاء إلى نظام التحكيم (١) . فهيئات التحكيم الدولية تعد فى الغالب هى القاضى الطبيعى للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، والتى يمكن أن تنشأ فى نطاق عقود التجارة الدولية . لذلك ، كان طبيعيا أن يضع أنصار قانون التجارة الدولية أحكام التحكيم على رأس مصادر قانون التجارة الدولية (٢) .

فيسعى قضاء التحكيم دائما - **فى رأى البعض** (٣) - إلى إيجاد الحلول الذاتية التى تلاءم معاملات ، وعقود التجارة الدولية ، عن طريق إرساء بعض العادات ، أو القواعد التى لانظير لها فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - فهو يعطى فقوة للعادات المتبعة فى الأوساط المهنية ، ويساعد على تحديد مضمونها . بل ، ويساهم فى خلق عادات جديدة ، عن طريق تكرار الحلول التى يعتمدها للمشاكل التى تصادف إبرام العقود الدولية ، بحيث يصير القانون الموضوعى للتجارة الدولية - **ومع مرور الزمن** - مستوحى - **وفى معظمه** - من السوابق التحكيمية ، التى تتبلور فيه القواعد الملائمة لحل مشاكل تلك العقود (٤) .

ولايخفى مايؤدى إليه نظام التحكيم من المحافظة على حسن العلاقات بين الأفراد ، والجماعات . ذلك أن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " وباتفاقهم على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم -

(١) أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ .

(٢) أنظر : سلامة فارس عزب - الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ ، ٩١ .

(٤) فى اعتبار التحكيم الدولى مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية ، أنظر : سلامة فارس عزب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ص ٩٠ ومابعدها .

القائمة ، والمحددة ، او المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات " وأيا كان موضوعها " إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص - إنما يمنحون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - وفى بعض الأحيان ، وحسب مقاصدهم - إمكانية القيام بدور الوسيط ، أو الموفق ، وهو - أى نظام التحكيم - من هذه الوجهة ، يكون قريبا من نظام الصلح ، أو نظام التوفيق [1] ، مما يحافظ على حسن العلاقات بينهم ، فهو ليس طريقا هجوميا ، وإنما هو أقرب إلى التفاهم بينهم [2] ، فهم يتفقون على عرض موقفهم على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وبعد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، تستمر العلاقات غالبا بينهم على الأساس الذى قدرته هيئة التحكيم . وعلى العكس من ذلك ، فإنه وعند عرض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات على القضاء العام فى الدولة الحديثة ، للفصل فيها ، قد تستخدم بعض أساليب الكيد بين الأطراف المتنازعة ، وتنتهى المسألة إلى حد الاعودة للعلاقات بينهما . ولذلك ، يقول البعض إن الأطراف المتنازعة تتوجه إلى ساحات القضاء العام فى الدولة

---

(١) أنظر :

MOTULSKY (H .) : Ecrits . etudes et notes sur l'arbitrage . Dalloz . 1974 . Paris . P . 29 et s .

(٢) أنظر : محيى الدين إسماعيل علم الدين - منصة التحكيم التجارى الدولى - القاعدة رقم (١) - ص ٨ .

وعادة ما يكون نظام التحكيم قليل النفقات [1] ، والإلتجاء إليه للفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات يعد استثناء روعى فيه تحقيق الرغبة في تجنب كثير من النفقات ، والتى يتكبدونها عند التجائهم إلى القضاء العام في الدولة الحديثة ، للفصل فى منازعاتهم [2] . فنظام التحكيم لايتطلب رسوما ، أو أتعاب محامين ، كما فى إجراءات التقاضى أمام القضاء العام في الدولة المعروضة عليه ، للفصل فيها ، وفى كل درجة تؤدى مصاريف ورسوم ، وأتعاب محاماة ، وغير ذلك من النفقات . فضلا عن طول الإنتظار ومايصحبه من تدهور قيمة النقود .

وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد تعفى من الإلتزام بتطبيق قواعد القانون الوضعى ، والحكم بمقتضى قواعدالعدالة ، مما يمنحها حرية أكثر من القاضى العام فى الدولة الحديثة عند تحديده للقانون الوضعى على موضوع النزاع المعروض عليه ، للفصل فيه ، وعلى إجراءات التحكيم ، فلا تتقيد إلا بالضمانات الأساسية للتقاضى ، وبالقواعد الآمرة فى الدولة التى يجرى فيها التحكيم عادة .

وإذا لم يقيد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بقواعد

---

(1) أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٩١٨ .

(2) أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – ط٢ – ١٩٢٧ – مطبعة كلية الآداب بالقاهرة – بند ٩٤١ ص ٧٣٠ ، ٧٣١ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن – ١٩٥٧ – مكتبة الآداب بالقاهرة – بند ٢٣٦ ص ٢٩٠ ، محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم التجارى الدولى – القاعدة رقم (١) – ص ٨ ، أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية – ط٤ – ١٩٩٧ – بند ١٢٥ ص ٢٢٤ .

قانون وضعى معين ، تطبقه على موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، فإنه يمكنها أن تختار القانون الوضعى الذى تراه ملائما فى هذا الشأن لكى يحكم موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، واجراءات التحكيم . بل ولقد وصل الأمر - **وفى بعض الأحيان** - إلى تطبيق قواعد وأعراف التجارة الدولية - **والتى لاتخص دولة معينة** - والتى تسير عليها المعاملات الدولية ، دون أن تكون لها صفة إلزامية .

وفى بعض الأحيان تطبق هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قواعد العدالة ، ومايستوجبه ضميرها ، دون أن يكون منصوصا عليها فى قانون وضعى معين ، ينتمى لدولة معينة .

وهكذا ، فنظام التحكيم يوفر للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " مزاياه المؤكدة ، والتى تعجز محاكم القضاء العام فى الدولة عن توفيرها لهم ، مع عدم إهماله للضمانات ، واعتبارات الأمن المرعية من تلك المحاكم [1] .

وبالرغم من ذلك ، فقد عيب على نظام التحكيم أنه يؤدى إلى حرمان الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من الضمانات التى يحاط بها عمل القاضى العام فى الدولة الحديثة ، وقلة خبرة هيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن خبرة القاضى

---

(١) فى بيان المزايا الأخرى للتحكيم ، أنظر :

DAVID (R .) : Arbitrage du XII et arbitrage du XX siecle . Melanges offerts a SAVATIER . Dalloz . Paris . 1965 . P. 219 et s .

وانظر أيضا : محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - المقدمات ، ثروت حبيب - دروس فى قانون التجارة الدولية - ١٩٧٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٠٠ ، ١٠١ ، وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - مقالة مقدمة فى ندوة التحكيم المنعقدة بكلية الحقوق - جامعة الكويت - ص ٨ ومابعدها .

العام فى الدولة الحديثة ، وعدم كفاية الرقابة على أعمالها ، وكثرة نفقات نظام التحكيم [1] .

موضوع الدراسة :

موضوع نظام التحكيم - **كطريق للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات** - يحتاج إلى دراسة متأنية ، ومتخصصة ، لإجلاء الغموض الذى يكتنف بعض جوانبه ، تتعرض بالبحث ، والتحليل للأسئلة المطروحة أمام فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى العديد من القضايا والمشكلات العملية التى قد تمس موضوع التحكيم فى الصميم . وخاصة أن العديد من جوانب نظام التحكيم توجد بشأنها اختلافات فى وجهات النظر فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها** ، واتجاهاتها - وفقه القانون الوضعى المقارن ، منها مايتعلق بطبيعة نظام التحكيم القانونية ، لما قد أثير من جدل فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى هذا الشأن ، وتعدد مذاهبه . فمن قائل أن نظام التحكيم يغلب عليه الصفة التعاقدية لأنه يتم بارادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ولأن لهذه الإرادة سلطانا فى شأن سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، واختصاصاتها ، وفى شأن تطبيقها لقواعد القانون الموضعى ، أو لقواعد العدالة على موضوع النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، وفى شأن تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفى شأن إمكان تنازل الأطراف المحتكمين

---

(١) فى بيان عيوب نظام التحكيم ، أنظر : أحمد محمد مليجي موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٧٩ - ص ١٨٣ ، إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - ١٩٨٦ - ص ١٥ - الهامش رقم (٤) ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٣ ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٨ ص ١٢ ، ١٣ .

" **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن الطعن فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

ومن قائل أن نظام التحكيم يحتل مركزا وسطا بين التعاقد ، والقضاء .

ومن قائل أن نظام التحكيم له طبيعة خاصة ، وأنه يجب النظر إليه نظرة مستقلة ، ولايمكن تفسيره فى ضوء المبادئ التقليدية ، لمحاولة ربطه بالعقد أو بالحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة الحديثة .

ومن قائل أن نظام التحكيم يغلب عليه الصفة القضائية ، باعتبار أنه يخضع لقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – **من حيث آثاره ، ونفاذه وإجراءاته** – وحكمه يطعن فيه فى كثير من **النظم القانونية الوضعية** – **وعلى اختلاف مذاهبها** ، **واتجاهاتها** – كما يطعن فى **الأحكام** القضائية الصادرة من جهات القضاء العام فى الدولة الحديثة ، وينفذ كما تنفذ هذه الأحكام القضائية .

كما تعددت وجهات النظر فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن بشأن طبيعة الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – والمثار عند مخالفة قواعد الإختصاص التحكيمى ، عن طريق عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على جهات القضاء العام فى الدولة الحديثة .

وكثيرا مايؤدى الحديث عن رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعاتهم – **وأيا كان موضوعها** – إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص إلى إثارة العديد من المشكلات العملية ، حيث يجب أن ينصب رضاء الأطراف ذوى الشأن حقيقة ، ومن غير لبس ، أو غموض على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، دون غيره من النظم القانونية الأخرى التى قد تختلط به فى

بالبحث ، والتحليل لمختلف المعايير التى اعتمدها فقه القانون الوضعى وأحكام القضاء المقارن ، من أجل الوصول إلى معيار ، وإن لم يكن حاسما للتمييز بين تلك الأنظمة القانونية المختلفة . ومنها ، نظام التحكيم ، فإنه - **وعلى الأقل** - يضع حدا للمشكلات العملية التى ظهرت فى هذا الشأن .

كما يثير الحديث عن السلطة ، والأهلية الازمتين للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - العديد من المشكلات العملية . وبصفة خاصة اختلاف فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى هذا الشأن .

ويؤدى الحديث عن المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، والمنازعات التى لايجوز أن تكون موضوعا لاتفاقات التحكيم - والتى تقوم فى مجموعها على حظر الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بالنظام العام فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - إلى التعرض لاجتهاد أحكام القضاء المقارن ، لإعطاء فكرة النظام العام فى نطاق نظام التحكيم مفهوما معينا - **والذى ضاق أحيانا ، واتسع فى أحيان أخرى** .

كما أن الحديث عن تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **شرطا كان ، أم مشارطة** - كأحد أركانه ، وشروط صحته يثير العديد من المشكلات العملية التى قد تحدث بمناسبة النصوص القانونية التى وردت فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - والمنظمة لكيفية إجراء هذا التعيين وجزاء تخلفه ، أو حدوث عائق يحول دون تكوين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو قيامها بمباشرة مهمة التحكيم المعهود بها إليها من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ومدى سلطة القضاء العام فى الدولة الحديثة فى المساعدة فى

تكوين هيئة التحكيم المكننة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند وجود عائق من العوائق المشار إليها ، وحدود تلك السلطة ، وتفسير **فقه** القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن لنطاقها .

لأجل ذلك – **وبالرغم من أن موضوع التحكيم قد تناولته العديد المؤلفات القانونية من زوايا مختلفة** – إلا أننا وجدنا أن ذلك لايحول دون تناول موضوع أركان الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته ، تحقيقا لمزيد من الفائدة العملية ، والتى أرجو أن يوفقنى الله – **تبارك وتعالى** – إلى تحقيقها .

وأود التنويه إلى أن مجال هذه الدراسة المقارنة **لأركان** الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته سوف يقتصر على اتفاقات التحكيم الوطنية البحتة والخاضعة للسيادة التشريعية للقانون الوطنى " **المصرى ، أو الفرنسى المقارن** " . بمعنى ، العلاقات الداخلية التى اتفق على إخضاعها لقواعد التحكيم داخل الدولة ، بالتطبيق لقواعد الإجراءات الوطنية ، أى العلاقات الوطنية البحتة بمختلف عناصرها ، سواء من حيث أشخاص العلاقة ومحلها ، وسببها . والتى مؤداها ، إلتجاء أطراف وطنية إلى تحكيم يتم داخل الدولة ، وبالتطبيق لأحكام القانون الوطنى ، ويسفر عن صدور حكم تحكيم يكون محلا للتنفيذ وفقا لقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، أو قواعد أحكام القوانين الوضعية الخاصة المنظمة للتحكيم - **كالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** . ومن ثم ، فإنه يخرج عن مجال هذه الدراسة ، التحكيم الدولى واتفاقات التحكيم التى لاتكون خاضعة للسيادة التشريعية للقانون الوطنى " المصرى ، **أو الفرنسى المقارن** " ، أى اتفاقات التحكيم التى لاتكون وطنية بكافة عناصرها .

وفى ضوء ماتقدم ، فإننى سوف أقسم هذه الدراسة إلى بابين اثنين أتناول فى الباب الأول : التعريف بنظام التحكيم ، وبيان عناصره . **وفى الباب الثانى** : أتناول أركان الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته . ثم

أختتم هذه الدراسة بعرض لبعض التوصيات التى أراها لازمة للإصلاح التشريعى بخصوص أركان الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته .

تقسيم الدراسة :

لقد سلكنا فى هذه الدراسة مسلكا يتفق وتحقيق الغاية المرجوة منها ، **فقد قسمتها إلى بابين :**

الباب الأول : التعريف بنظام التحكيم ، وبيان عناصره .

والباب الثانى : أركان الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته . والذى قسمناه إلى خمسة فصول متتالية ، على النحو الآتى :

الفصل الأول : الرضاء فى الإتفاق على التحكيم ، ودور الشكل فيه .

الفصل الثانى : الأهلية ، والسلطة اللازمتين للإتفاق على التحكيم .

الفصل الثالث : المنازعات التى يمكن أن تكون محلا للإتفاق على التحكيم .

والفصل الرابع ، والأخير : تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة " العنصر الشخصى لمحل التحكيم " .

وأخيرا أنهيت موضوع الدراسة بخاتمة ، بينا فيها ماتوصلنا إليه من نتائج من خلال دراستنا لموضوع أركان الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته وما نرى تقديمه من مقترحات تكون لازمة للإصلاح التشريعى . **وإلى تفصيل كل هذه المسائل .**

أسأل الله تعالى التوفيق ، والسداد ، إنه سبحانه وتعالى نعم المولى ، ونعم النصير .

المؤلف .....

الباب الأول

التعريف بنظام التحكيم

وبيـــــان عناصـــــره

تمهيد ، وتقسيم :

نظام التحكيم هو أداة فعالة للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات ، بدلا من القضاء العام في الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل في جميع منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماأستثنى بنص قانوني وضعي خاص ، لأن مهمة التحكيم يتم إسنادها إلى أفراد عاديين ، أو أشخاص غير قضائية ، يطلق عليهم : " **هيئة التحكيم** " ، ويجرى اختيارهم بواسطة أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم انطلاقا من الثقة التي يتمتعون بها ، في قدرتهم على حسم النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو انطلاقا من التخصص الفني ، والذى قد لايتوافر لغيرهم ، مما يجعلهم أقدر من الآخرين على فهم المسائل المعروضة عليهم ، والفصل فيها .

ونظام التحكيم يتيح للأفراد ، والجماعات تنظيم مهمة الفصل في منازعاتهم التي نشأت بالفعل ، أو التي يمكن أن تنشأ في المستقبل " **القائمة والمحددة** " **مشارطة التحكيم** " ، **أو المحتملة ، وغير المحددة** " **شرط التحكيم** " **لحظة إبرام الإتفاق** في **التحكيم** " دون حاجة إلى الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل في جميع منازعاتهم **وأيا كان موضوعها** - إلا ماأستثنى بنص قانوني وضعي خاص ، نظرا لبساطة هذا النظام ، وقلة نفقاته

ولأجل ذلك ، فإننا سوف نقسم الباب الأول من الدراسة إلى فصلين متتاليين ، على النحو الآتى :

الفصل الأول : تعريف نظام التحكيم .

والفصل الثانى : بيان عناصر نظام التحكيم .

وإلى تفصيل هذه المسائل :

الفصل الأول

التعريف بنظام التحكيم

تقســــــــيم :

إذا كان نظام التحكيم هو وسيلة للفصل فى المنازعــــات بيــن الأفــراد والجماعات ، أو نظاما خاصا للتقاضى فى منازعـــات معينـــة . بموجبــه تعترف الدولة الحديثة لأفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، ليســت لــهم سلطة القضاء العام فى الدولة الحديثة " **هيئة التحكيم المكلفة بــالفصل فــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** بسلطة الفصل فى بعض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، إذا ماتحققت مقتضيات الإلتجاء إلــى نظــام التحكيــم والتى تحددها الأنظمة القانونيـــة الوضعيـــة - **وعلــى اختــلاف مذاهبــها واتجاهاتها** - عادة فى قوانينها الوضعية المختلفة ، فإنه يكون بذلــك نظامــا خاصا متميزا بقواعده عن الوسائل المعروفة للفصل فـــى المنازعــات بيــن الأفراد ، والجماعات - **كالقضاء العام فى الدولة الحديثة ، والصلح .**

وإذا ماكان هناك اتفاقا حول اعتبار نظام التحكيم وســيلة للفصــل فــى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، يحل فيها حكم التحكيم الصـــادر فــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - محــل الحكم القضائى الصادر من القضاء العام فى الدولة الحديثة فى تحقيق الحماية القانونية للحق ، أو المركز القانونى المتنازع عليـــه ، إلا أن فقــه القــانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن مع ذلك لم يتفقا حول تعريف موحد لنظــام التحكيم ، فقد تعددت أقوالهما فى هذا الشأن [(١)] ، بل وامتــد الخــلاف إلــى طبيعته القانونية .

---

(١) فى تعريف نظام التحكيم ، أنظر :

GARSONNET et CEZ – BRU : Traite theorique et pratique de procedure civile et commerciale . Sirey . 3e ed . 1925 . T. VIII . N. 220 . P. 450 ; JAPIOT (R .) : Traite de procedure civile et commerciale . 1930 . N. 976 ; GLASSON , TISSIER et MOREL : Traite de procedure civile . T . V . Sirey . 1936 . N. 1801 . P . 307 ; RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature juridique . Droit interne et Droit international prive . preface de : J . VINCENT , L. G. D. J . Paris . 1965 . P . 9 ; J . ROBERT : Arbitrage civile et commercial . 4e ed . Paris . Dalloz. 1967 . P. 8 , 5e ed . 1990 . P. 9 ; J. ROBERT et B . MOREAU : L'arbitrage . Droit interne et Droit internationale prive . 6e ed . Dalloz . 1993 . N . 1 . P. 3 .

وانظر أيضا : **محمد حامد فهمى** – تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية – ط٢ – ١٩٥٢ – مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة – بند ٥٣ ص ٤١ ، **عبد الحميد أبو هيف** – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٩١٨ ، **رمزى سيف** – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية فى قانون المرافعات الجديد – ط١ – ١٩٥٧ – مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة – ص ٦٣ ، **ثروت حبيب** – دراسة فى قانون التجارة الدولية – ١٩٧٤ – دار الإتحاد العربى للطباعة بالقاهرة – ١٩٧٤ – بند ٤٩ ص ١٠٢ ، **وجدى راغب فهمى** – التحكيم فى قانون المرافعات الكويتى – المقالة المشار إليها – ص ٢ ، التنفيذ القضائى وفقا لأحدث التعديلات التشريعية فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٩٥ – بدون دار نشر – ص ١٣٠ ، **أحمد أبو الوفا** – إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية ، والتجارية – ط٦ – ١٩٧٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٠٩ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١ ص ١٥ ، **سامية راشد** – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الكتاب الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٨٤ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٧٥ ومابعدها ، **محمود محمد هاشم** – القواعد العامة للتنفيذ القضائى – ١٩٨٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ١٣٣ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الجزء الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٩٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٢/٧ ص ٢٠ ، قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات – بند ١٠٨ ص ٢١٢ ، **أبو زيد رضوان** – الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى – ١٩٨١ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ١٠ ص ١٩ ، **إسماعيل أحمد محمد الأسطل** – التحكيم فى الشريعة الإسلامية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩ ، **محمد سلام مدكور** – القضاء فى الإسلام – بدون سنة نشر – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١٣١ ، **عزمى عبد الفتاح** – قانون التحكيم الكويتى – ط١ – ١٩٩٠ – مطبوعات جامعة الكويت – ص ١١ ، **فتحى والى** –

موقف فقه القانون الوضعي المقارن من تعريف نظام التحكيم :

إقترح فقه القانون الوضعى المقارن تعريفات عديدة لنظام التحكيم . فقد عرفه جانب منه بأنه : " **الإتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين Arbitres ، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه . وقد يكون الإتفاق على التحكيم فى نزاع معين بعد نشأته ، ويسمى عندئذ : " مشارطة التحكيم " Compromis . وقد يتفق ذوو الشأن مقدما ، وقبل قيام النزاع على عرض المنازعات التى قد تنشأ بينهم فى المستقبل . خاصة ، بتنفيذ عقد معين على المحكمين ويسمى الإتفاق عندئذ : " شرط التحكيم " Clause compromissoire "** (1) .

الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط3 – 1993 – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند 19 ص 38 ، **أحمد ماهر زغلول** – أصول التنفيذ – ط3 – 1994 – بند 125 ص 225 ، **أحمد محمد مليجى موسى** – التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات ، معلقا عليها بآراء الفقه ، وأحكام القضاء – 1994 – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند 175 ص 206 ، **محمد محمود إبراهيم** – أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى – 1994 – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص 85 ، **مختار أحمد بريرى** – التحكيم التجارى الدولى – دراسات خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – 1995 – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند 1 ، 2 ص 5 ، 6 ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة " دراسة فى قضاء التحكيم " – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – 1997 – ومنشورة سنة 1997 – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص 1 ، 2 .

(1) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . 1965 . P . 9 , 10 ; **ROBERT (J .) et MOREAU (B .)** : L'arbitrage . Droit interne . Droit international prive . 5e ed . Dalloz . 1983 . N. 1 ; **VINCENT (J.) , GUINCHARD , GABRIEL MONTAGNIER , ANDRE VARINARD** : La Justice et ses institutions . 3e ed . 1991 . P. 27 .

وقارب فى فقه القانون الوضعى المصرى : **محسن شفيق** ، **أحمد أبو الوفا** ، **محمود محمد هاشم** ، **أحمد ماهر زغلول** ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** – الإشارات المتقدمة .

بينما عرف جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن نظام التحكيم - وبحق - بأنه : " **الطريق الإجرائى الخصوصى للفصل فى نزاع معين بواسطة الغير ، بدلا عن الطريق القضائى العام** " [1] .

فالمشرع الوضعى الإجرائى - **وهو يعمل فى مجال الحقوق الخاصة** - رأى من الملائم أن يكون أكثر تسامحا مع الأفراد ، والجماعات ، فأتاح لهم - **وعن طريق الإتفاق على التحكيم** - إتباع طريقا إجرائيا خاصا بنزاعهم فلايفصل فيه قاض محدد مقدما - **وفقا لقواعد الإختصاص القضائى المقررة قانونا لذلك** - وإنما فردا ، أو هيئة غير قضائية ، تشكل خصيصا للفصل فى هذا النزاع وحده ، بحيث تنتهى مهمتها بالفصل فيه ، ولايتقيد نظره بالإجراءات ، والأشكال المحددة سلفا بقواعد محددة ، وإنما يترك لأطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إتباع الإجراءات التى تراها فى نظر هذا الموضوع ، بشرط احترام الضمانات الأساسية للتقاضى . **وأهمها :** إحترام حقوق الدفاع للخصوم ، وإعمال مبدأ المواجهة فى الإجراءات بينهم وهذا هو المقصود بالطريق الإجرائى الخصوصى للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فهو ليس طريقا معدا مقدما للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، وإنما هو طريقا مفصلا عضويا ، وإجرائيا من أجل نزاع معين " **النزاع موضوع الإتفاق**

---

(1) أنظر : **وجدى راغب فهمى** - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - المقالة المشار إليها - كلية الحقوق - جامعة الكويت - الدورة التدريبية للتحكيم - ١٩٩٢ / ١٩٩٣ - ص ٣ . وقارب : **على بركات** - خصومة التحكيم - بند ١٠ ص ١٤ . حيث يعرف سيادته نظام التحكيم بأنه : " نظاما خاصا للتقاضى ينظمه القانون الوضعى ، ويسمح بمقتضاه للخصوم - وفى منازعات معينة - بأن يتفقوا على إخراج منازعة قائمة ، أو مستقبلة من ولاية القضاء العام فى الدولة ، وتحل هذه المنازعة بواسطة شخص ، أو أشخاص عاديين ، يختارهم الخصوم - كقاعدة - ويسندون إليهم مهمة الفصل فى هذا النزاع ، بحكم ملزم " .

مفصلا عضويا ، وإجرائيا من أجل نزاع معين " **النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة** " [1] .

ولذا ، فإن القواعد الواردة في باب التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، أو الواردة في القوانين الخاصة المنظمة للتحكيم - **كقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - لاتتضمن تحديدا لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو بيانا تفصيليا لإجراءات خصومة التحكيم ، وإنما تقتصر على وضع إطار عام للطريق التحكيمى ، يبين شروط اتباعه ، ووسائل رقابته ، بواسطة القضاء العام فى الدولة الحديثة .

أما إجراءات التحكيم ذاتها ، فتكتفى بمعالمه الأساسية ، بحيث أن مانصت عليه القوانين الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - بشأن إجراءات خصومة التحكيم من قواعد تمثل الحد الأدنى لمراعاة الضمانات الأساسية للتقاضى ، فضلا عن بعض القواعد المكملة لإرادة الأفراد والجماعات ، والتى ترمى إلى تيسير إعمال الطريق التحكيمى [2] .

وإذا كانت المهمة الأولى لقانون المرافعات المدنية ، والتجارية هى تنظيم حماية القضاء العام فى الدولة للحقوق ، والمراكز القانونية الناشئة عن المعاملات الخاصة بين الأفراد ، والجماعات ، فإنه يحدد بذلك الطريق القضائى العام للفصل فى المنازعات التى تثور بشأن هذه الحقوق ، والمراكز القانونية . **فهو يحدد عن طريق قواعد الإختصاص القضائى العامة** : المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التى تدخل فى نطاق سلطة كل محكمة .

---

(1) أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم وطبيعته - المقالة المشار إليها - ص ٤ .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى - الإشارة المتقدمة .

كما يحدد عن طريق قواعد التقاضى : الإجراءات الواجبة الإتباع أمام المحكمة المختصة بتحقيق النزاع ، والفصل فيه .

وهكذا ، بحيث يلزم للفصل فى أى نزاع بين الأفراد ، والجماعات الخضوع لهذه القواعد العامة ، فيرفع النزاع إلى المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، كما تتبع بشأنه إجراءات التقاضى المحددة مقدما بواسطتها .

ولكن ونظرا لأن هذا الطريق القضائى العام قد لايكون ملائما للفصل فى بعض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، فإن القوانين الوضعية - وعلى **اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - ترسم أحيانا طرقا خاصة للفصل فيها تجدها أكثر ملائمة ، مثل نظام التحكيم ، والذى يعمل فى مجال الحقوق والمراكز القانونية الخاصة ، ويتيح للأفراد ، والجماعات إتباع طريق إجرائى خاص بمنازعاتهم ، إلا أن هذه النظم الإجرائية الخاصة تظل خاضعة لقواعد مجردة ، تنطبق على طائفة من الحقوق ، والمراكز القانونية ، ولايميزها عن النظام الإجرائى العام ، سوى نطاقها المحدود والخاص [1] .

وقد عرف التحكيم التجارى الدولى بأنه : " **إتفاق بين طرفين يرد بشرط فى العقد الأصلى ، أو بعقد مستقل ، ويتضمن إحالة نزاع محتملا الوقوع بينهما إلى هيئة تحكيم ، للفصل فيه ، وفق أحكام قانون يتم الإتفاق على** تعيينه فى هذا الشرط ، أو وفق قواعد تضعها هيئات ، ومراكز التحكيم المنتشرة فى جميع أنحاء العالم ، أو يترك أمر تعيين هذه القواعد من قبل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، على أنه - **وفى بعض الأحيان** - قد يترك لهذه الهيئة أمر الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وفق قواعد العدالة - **والتى لاتنتمى إلى دولة معينة** - بما يعنى أنها غير مقيدة بأية قواعد ، سواء فى إجراءات التحكيم

---

(1) أنظر : وجدى راغب فهمى - مفهوم التحكيم ، وطبيعته - ص ٣ .

أو فى موضوع النزاع المتفــق علــى الفصــل فيــه عــن طريــق نظــام التحكيم " (١) .

موقف الأنظمة القانونية الوضعية من تعريف نظام التحكيم :

أولا - موقف القانون الوضعى الفرنســى مــن تعريــف نظــام التحكيم (٢) :

وضع المشرع الوضعى الفرنسى تنظيما للتحكيم الداخلى فى فرنسا فــى مجموعة المرافعات الفرنسية ، فى المواد (١٤٤٢) ومابعدها - **والمضافــة إلى مواد التحكيم الأخرى فى مجموعة المرافعــات الفرنســية ، بمقتضــى المرسوم رقم (٨٠ - ٣٥٤) ، والصادر فى (١٤) مــايو ســنة ١٩٨٠ والذى أضاف كتابا رابعا خاصا بالتحكيم إلى مجموعة المرافعات الفرنســية** - بعد أن ألغى النصوص القانونية الوضعية التى كانت تنظمه فى مجموعــة المرافعات الفرنسية السابقة (٣) .

---

(١) أنظر :

FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris . N . 2 ; DAVID RENE : L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1982 . Paris . P . 9 .

وقارب : أبو زيد رضوان - الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٠١ .

(٢) فى إصلاح المشرع الوضعى الفرنسى للنصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيــم ، فى مجموعــة المرافعات الفرنسية ، أنظر :

CORNU : Le decret du 14 Mai 1980 relatif a l'arbitrage . presentation de la reforme . Rev . arb . 1980 . P. 58 . note . 7 ; ROGER PERROT : L'application a l'arbitrage des regles du nouveau code de procedure civile . Rev . arb . 1980 . P. 642 et s .

(٣) فى استعراض نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا ، أنظر :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : op . cit . P . 854 et s .

وبالنسبة للتحكيم الدولى فى فرنسا ، ففـــى ســنة (١٩٨١) - **وبمقتضـــى المرسوم رقم (٨١) - ٥٠٠ ، والصادر فى مايو عام ١٩٨١** - أضيـــف للكتاب الرابع الخاص بالتحكيم الداخلى فى مجموعـــة المرافعـــات الفرنســية بابين جديدين :

الباب الأول :

خاصا بالتحكيم الدولى ، وهو الباب الخـــامس " المــواد (١٤٩٢) - (١٤٩٧) .

والباب الثانى :

خاصا بالإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الصادرة فـــى مــواد التحكيم الدولى ، وطرق الطعن فيــها ، وهــو البــاب الســادس " المــواد (١٤٩٨) - (١٥٠٧) "[١] .

وقد عرفت المادة (١٤٤٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية شـــرط التحكيم بأنه :

" إتفاقا يتعهد بمقتضاه الأطراف فـــى عقــد مــن العقــود بإخضـــاع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل للتحكيم " .

بينما عرفت المادة (١٤٤٧) من مجموعة المرافعات الفرنســية مشــارطة التحكيم بأنها : **" إتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينـــهم بـــالفعل لتحكيم شخص ، أو أكثر " .**

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة - ص ٣٦٨ ومابعدها .

(١) أنظر ملحقا لهذه النصوص فى :

ROBERT (J .) et MOREAU (B .) : op . cit , P . 861 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaire . 1983 . Joly . Paris . P. 496 et s .

ثانيا :

موقف القانون الوضعي المصرى من تعريف نظام التحكيم :

صدر قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] ، ويعمل بأحكامه على كل تحكيم يكون قائما وقت نفاذه ، أو يبدأ بعد نفاذه ، ولو استند إلى اتفاق تحكيم سبق إبرامه قبل نفاذ هذا القانون " **المادة الأولى من مواد الإصدار** " [٢] ، [٣] .

وقد ألغى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية نصوص التحكيم التى كانت قد وردت فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ التحكيم " **المواد (٥٠١) – (٥١٣)** " ، حيث نص فى المادة الثالثة من مواد الإصدار على أنه :

" تلغى المواد من (٥٠١) إلى (٥١٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، كما يلغى أى حكم مخالف لهذا القانون " .

---

[١] والمنشور فى الجريدة الرسمية – العدد (١٦) " تابع " ، فى ١٩٩٤/٤/٢١ ، وبدأ العمل به إعتبارا من ١٩٩٤/٥/٢٣ " المادة الرابعة من مواد الإصدار " .

[٢] فى دراسة تفصيلية لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها ، عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ١٢ ومابعدها .

[٣] راجع ملحقا لبعض التشريعات العربية ، والدولية لنصوص التحكيم : أحمد أبو الوفا – التحكيم فى القوانين العربية – ط١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٣١ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى – التحكيم ، والتصالح – ص ١٧٥ وما بعدها .

وتنص المادة (١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " [١] .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية يسرى على مايأتى :

(أ) التحكيم الداخلى :

وهو يجرى بالضرورة فى مصر .

(ب) التحكيم الدولى :

وفقا لمعيار دولية التحكيم المنصوص عليه فى المادة الثالثة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، **ولو كان هذ التحكيم يجرى فى مصر .**

(ج) التحكيم الدولى :

---

[١] فى استعراض نصوص قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : **عبد الحميد المنشاوى** - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ١٠٧ ومابعدها ، **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجارى الدولى - ص ٣١٢ ومابعدها ، **عبد الحميد الشواربى** - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ٦٣ ومابعدها .

وفقا للمعيار القانونى ، إذا كان التحكيم يجرى **فـــى خـــارج مصـــر ،** **بشرط أن يتفق أطرافه على إخضاعه لقانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .**

كما يسرى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على كل تحكيم إختيارى ، مهما كانت الطبيعـــة القانونية لأطرافه . بمعنى ، أن قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لايسرى فقـــط علـــى التحكيم الذى يجرى بين أشخاص القانون الخاص – **سواء كـــان الشـــخص طبيعيا ، أم اعتباريا** – بل يسرى على التحكيم بين شخص خاص ، وشـــخص عام ، أو التحكيم الذى يجرى بين شخصين عامين .

وقد حددت المادة الأولى من قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية طبيعة الـــنزاع الـــذى يقبل التحكيم فيه وفقا لأحكامه ، فيخضع للتحكيم أى نـــزاع – **وأيـــا كـــانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها** – إلا أن هذا الحكم يكون مقيدا بمـا تقضى به المادة الحادية عشر من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، بأنه :

" **لايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلح** " .

فالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – **وفقـــا لأحكـــام القـــانون** الوضعى المصرى للتحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـــم فـــى المواد المدنية ، والتجارية يكون جائزا سواء فى العقـــود المدنيـــة ، أو فـــى العقود التجارية ، أو فى العقود الإدارية ، ولو كان النزاع ناشئا عن علاقـــة قانونية غير عقدية . ذلك أن الإتفاق على التحكيم يمكن أن يكون سابقا علـــى نشأة النزاع بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيـــم** " – **سواء كان مستقلا بذاته ، أم ورد فى عقد معين** – كمـــا يجـــوز أن يقـــوم الإتفاق على التحكيم بعد نشأة النزاع بين الأطـــراف المحتكميـــن " **أطـــراف**

الإتفاق على التحكيم " ، ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمـــام القضـــاء العام فى الدولة " **المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " [١] .

وقد أجاز قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – فى المسائل التى يجوز فيها الصلح ، ونظم الشـــروط الخاصـــة بصحة الإتفاق على التحكيم ، وتطلب لإثباتـــه أن يكـــون مكتوبـــا ، وعـــدد الشروط الازم توافرها فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . كما بين مدى التزامهم بالحكم فيه ، وطريقـــة عزلهم ، وأسباب ردهم . وتضمن تنظيما لإجراءات الخصومة فى التحكيـــم يتبع إذا لم يوجد اتفاقا مخالفا بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيم** " .

وتنص المادة السادسة من قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية علـــى امكـــان اتفـــاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على إخضاع علاقاتـــهم القانونية لأحكام عقد نموذجى ، أو اتفاقية دولية ، أو أيـــة وثيقـــة أخـــرى . وعندئذ ، تسرى أحكام التحكيم الواردة فى هذا العقد ، أو تلك الإتفاقيـــة ، أو الوثيقة على التحكيم الذى يجرى بين أطراف هذا الإتفاق . مما يعنى ، عـــدم

---

(١) فى بيان نطاق سريان قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المـــواد المدنية ، والتجارية – سواء من حيث الزمان ، أو من حيث المكان – أنظر : عادل محمد خير – مقدمـــة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ – ط١ – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقـــاهرة – بند ٦ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلـــى فى المـــواد المدنية ، والتجارية ، والإدارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ – ١٩٩٤ – منشأة المعارف بالأســـكندرية – ص ١٤ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – ١٩٩٥ – دار النهضـــة العربيـــة بالقاهرة – بند ١٦ ومايليه ص ٢٥ ومابعدها .

تطبيق نصوص قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] .

ويقوم قانون التحكيم المصرى رقــم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فــى شــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على الأسس الآتية :

الأساس الأول :

السير فى ركب الإتجاهات الدولية الحديثة بشأن التحكيم التجارى :

بتشجيع الإستثمارات الأجنبية فى مصر .

الأساس الثانى :

إحترام إرادة أطراف الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشــارطة - بإفساح الحرية لهم ، لتنظيمه بالكيفية التى تناسبهم ، والإتفــاق علــى كيفية اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـاق على التحكيم ، وتسميتهم ، واختيار القواعد التـــى تســرى علـــى إجـــراءات الخصومة فى التحكيم ، وتعيين مكان التحكيم ، واللغة التى تتم بها عمليــات التحكيم .

الأساس الثالث :

إستقلال هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علــى التحكيم :

بتخويلها الإختصاص بنظر طلبات رد أعضائها ، والفصل فى الدفـــوع المتعلقة بعدم اختصاصها ، وحظر الطعن فى حكم التحكيم الصادر منها فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالطرق المنصوص عليها فى قـــانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، للطعن فى أحكام القضاء العام فى الدولة .

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٢٠ ص ٣٠ ، ٣١ .

الأساس الرابع :

التيسير على أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

فعند عدم موافقة أحد أطراف الإتفاق على التحكيم الخالى من تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على تعيينهم فى اتفاق لاحق ، أو عدم قيامه بتعيين عضو فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو عدم اتخاذ الإجراء الذى يلزم لهذا التعيين ، أو تحقق مانعا ، أو ظرفا من جانب أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أو أحدهم – **كوفاته ، أو عزله ، أو اعتزاله ، أو رده ، أو امتناعه عن العمل ، أو امتناع أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن اختيار المحكم الثالث** ، أو تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كلهم أو بعضهم** – إذا امتنع واحدا منهم ، أو أكثر عن قبول مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، أو اعتذر ، أو اعتزل ، أو عزل عن العمل ، أو قام مايمنعه من مباشرة مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، فإن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد نص فى المادة (١٧) منه – **والواردة فى الباب الثالث الخاص بهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** – على أنه :

" ١ – لطرفى التحكيم الإتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم ، فإذا لم يتفقا أتبع مايأتى :

أ – إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد ، وتولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين .

ب – فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين ، إختار كل طرف محكما ، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث ، فإذا لم يعين أحد

الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر ، أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين ، ويكون للمحكم الذى اختاره المحكمان المعينان أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم ، وتسرى هذه الأحكام فى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين .

٢ - وإذا خالف أحد الطرفان إجراءات اختيار المحكمين التى اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعينان على من يلزم اتفاقهما عليه ، أو إذا تخلف الغير عن أداء ماعهد به إليه فى هذا الشأن ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ، مالم ينص فى الإتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل .

٣ - وتراعى المحكمة فى المحكم الذى تختاره الشروط التى يتطلبها هذا القانون ، وتلك التى اتفق عليها الطرفان ، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ، ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (١٨) ، (١٩) من هذا القانون لايقبل هذا القرار الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن " .

كما تنص المادة (٢١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" إذ انتهت مهمة المحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأى سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقا للإجراءات التى تتبع فى اختيار المحكم الذى انتهت مهمته " .

وتنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه

" ١ - يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع . أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج ، فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

٢ - وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

ونص المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد تضمن حالات تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . **وهذه الحالات هى** [1] **:**

الحالة الأولى :

عدم اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على تعيين المحكم المنفرد الذى تتشكل منه وحده هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

الحالة الثانية :

إمتناع أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عن تعيين عضو فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم .

---

(١) فى بيان حالات تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفقا للمادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٤٩ ومايليه ص ١٤٠ ومابعدها .

الحالة الثالثة :

عدم اتفاق عضوى هيئة التحكيم الأصليين - والمعينين من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - على اختيار المحكم الثالث ، والذى يرأس هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما .

الحالة الرابعة :

إذا خالف أحد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " إجراءات اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم المتفق عليها .

والحالة الخامسة :

إذا تخلف الغير عن تعيين المحكم الوحيد ، أو المحكم الرئيسى ، فى المدة التى حددها له الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

والحالات المتقدمة - والتى تجيز للقاضى العام فى الدولة التدخل لتعيين **أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم** ، أو بعضهم لم ترد فى المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على سبيل الحصر ، وإنما هى مجرد أمثلة للصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

ومن ثم ، فإنه يمكن للقاضى العام فى الدولة أن يتدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا حدثت أية صعوبات تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء كان ذلك راجعا لأحد الأطراف

---

(١) أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٥٠ ص ١٤٢ .

المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أم كان راجعا لأية ظروف أخرى ، حتى ولو لم يرد ذكرها فى المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية [١] .

والأساس الخامس :

السرعة فى إنهاء إجراءات خصومة التحكيم ، لإصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٢] .

وبجانب القواعد القانونية العامة الواردة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - والمنظمة للتحكيم ، **وقواعد الإتفاق عليه** - فإنه توجد قواعد قانونية خاصة تنظم بعض التحكيمات الخاصة فى مصر . فقد نصت المادة (٩٣) من قانون العمل المصرى رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١على نظام التحكيم فى منازعات العمل ، وهو تحكيما خاصا يخرج عن نطاق قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية . كما تضمن القانون الوضعى المصرى رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٣ بشأن الجمارك تنظيما خاصا للتحكيم الجمركى ، وهو يخرج عن نطاق قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، كما تضمن قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم (١١) لسنة ١٩٩١ - **والمعدل** - نظاما خاصا للتحكيم بين الممولين ، ومصلحة الضرائب على المبيعات ، ولايسرى عليه قانون التحكيم المصرى

---

(١) أنظر : **على بركات** - الإشارة المتقدمة .

(٢) فى بيان الأسس التى يقوم عليها قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٨ ومابعدها .

رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية . إذ أن التحكيم المنصوص عليه فى قانون الضريبة العامة على المبيعات يعد تحكيما ذو طبيعة خاصة ، وله نظاما قانونيا خاصا .

كما يخرج التحكيم الخاص ببورصة البضاعة الحاضرة عن نطاق قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية . فقد تضمن القانون الوضعى المصرى رقم (١٤١) لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون إنشاء بورصة البضاعة الحاضرة للأقطان النص على أن تنتخب لجنة البورصة بالإقتراع السرى فى أول اجتماع لها بعد انتخاب الرئيس خمسة من أعضاء البورصة ، وتشمل منهم لجنة تحكيم القطن . وتنتخب اللجنة كذلك عددا مماثلا - **كأعضاء إحتياطيين** - يحلون - **عند الإقتضاء** - محل الأعضاء الأصليين المتغيبين ، أو الذين لهم مصلحة فى النزاع القائم . وتختص لجنة التحكيم - **باعتبارها مفوضة بالصلح** - بالفصل فى جميع المنازعات التى تقع بين أعضاء البورصة - **شراء** ، **أو بيعا** ، **أو تسليما للقطن** - وفقا للقواعد المنصوص عليها فى هذا القانون ، ولائحته التنفيذية [١] .

كما أن جمهورية مصر العربية كانت قد وافقت على الإنضمام إلى الإتفاقية الخاصة بأحكام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، والتى أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجارى الدولى - **والمنعقد فى نيويورك فى الفترة من (٢٠) مايو إلى (١٠) يونية سنة ١٩٥٨** - وقد وافقت

---

(١) فى بيان ذلك بالتفصيل ، واستعراض العديد من القواعد القانونية الخاصة التى تنظم بعضا من التحكيمات الخاصة فى مصر ، أنظر : **عبد الحميد المنشاوى** - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ١٥ ومابعدها ، **عبد الحميد الشواربى** - التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ٢٧ ومابعدها ، ص ٢٨٥ ومابعدها .

مصر على الإنضمام لهذه الإتفاقية بقرار من السيد / رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم (١٧١) لسنة ١٩٥٩ ، بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢ .

كما أن جمهورية مصر العربية كانت قد وافقت على الإنضمام إلى الإتفاقية الخاصة بأحكام التحكيم الأجنبية ، وتنفيذها ، والتى أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجارى الدولى – **والمنعقد فى نيويورك فى الفترة من (٢٠) مايو إلى (١٠) يونية سنة ١٩٥٨** – وقد وافقت مصر على الإنضمام لهذه الإتفاقية بقرار من السيد / رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم (١٧١) لسنة ١٩٥٩ ، بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢ ، وأودعت وثيقة إنضمامها لدى سكرتارية الأمم المتحدة فى ١٦/٣/، ١٩٥٩بدون أى تحفظ [١] .

وقد كانت المادة (١/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ [٢] – **والملغاة بواسطة القانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – تنص على أنه :

" ويجوز الإتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة ، كما يجوز الإتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات التى تنشأ من تنفيذ عقد معين " .

وجاء قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – **والذى ألغى نصوص التحكيم التى كانت**

---

(١) الجريدة الرسمية – فى ١٩٥٩/٢/١٤ – العدد رقم (٢٧) .

(٢) القانون الوضعى المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – الباب الثالث من الكتاب الثالث " التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " فى المواد (٥٠١) – (٥١٣) ، والمنشور بالجريدة الرسمية – العدد (١٩) – الصادر فى (٩) مايو سنة ١٩٦٨ .

واردة فى قانون المرافعات المصرى ، فى المواد من (٥٠١) - (٥١٣)
- وعرف نظام التحكيم فى المادة العاشرة منه بأنه :

" ١- إتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة ، عقدية كانت أو غير عقدية .

٢- يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين . وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون .

كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا .

٣ - ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار الشرط جزءا من العقد " .

ملاحظات على تعريف فقه القانون الوضعى ، والقانون الوضعى المقارن لنظام التحكيم :

الملاحظة الأولى :

النزاع هو مناط إلتجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من التجائهم إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل

فى كافة منازعاتهم - وأيا كان موضوعها - إلا ماااستثنى بنص قانونى وضعى خاص [1] :

إختلاف الرأى حول تحديد مفهوم محدد للمنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة :

إختلف الرأى حول تحديد مفهوما محددا للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

فهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من يصورها تصويرا شكليا ، والذى يتمثل فى نظرهم فى إجراءات الخصومة القضائية ، والتى تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف ، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقية ، أم لا

وهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من صورها تصويرا موضوعيا حيث يستخلصون من عناصرها مايقدرون انه العنصر الراجح فى تعريفها . فاعتمد البعض على أشخاصها . بينما استند البعض الآخر على مضمونها أو موضوعها " **العنصر الموضوعى** " .

وهناك من جمع بين التصوير الشكلى ، والتصوير الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

وأخيرا ، هناك من فقه القانون الوضعى من اعتبر أن المنازعة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى ، أو أن المنازعة تولد مركزا نزاعيا يشكل عارضا فى الحياة القانونية ، ويجب إزالته .

فكرة النزاع litige ، وكيفية الفصل فيها ، هى التى يجب أن تحدد طبيعة العمل الذى تقوم به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

---

(1) فى دراسة معيار النزاع كأحد المعايير المميزة لعناصر فكرة التحكيم ، أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٢٨ ومابعدها .

كل حالة لايوجد فيها نزاعا بين الأفراد ، والجماعات ، لايوجد ثمة تحكيم [1] .

ففكرة النزاع litige ، وكيفية الفصل فيها ، هى التى يجب أن تحدد طبيعة العمل الذى تقوم به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [2] ، باعتبارها قاضيا خاصا ، يختار بواسطة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ليقول الحق ، أو حكم القانون الوضعى بينهم ، بحيث تكون هى قاضى الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، لأنها تقول القانون الوضعى ، وتفصل فى حقوق ، والتزامات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وتصدر حكمها ضد أى واحد منهم ، أو ضدهم جميعا [3] .

هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وإن كانت تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير

---

(١) أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٣٨ .

(٢) فى استخدام الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها – دوما ، وبطريقة متواترة فكرة النزاع لأجل تعريف نظام التحكيم ، ولأجل أن يتجنب الخلط بينه ، وبين الأفكار الأخرى المتقاربة ، أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٣٤ وما بعدها .

(٣) أنظر :

P . L . LEGE : L'execution des sentences arbitrales . These . Renne . 1963 . P. 20 et s ; FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris . P. 5 et s .

وراجع أيضا الفقه الإيطالى المشار إليه فى : **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٧٨ ص ٢٢٥ – الهامش رقم (٢) .

قضائية ، إلا أنها تملك سلطة القضاء التى يملكها القضاة بخصوص النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " :

هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وإن كانت تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، إلا أنها تملك سلطة القضاء التى يملكها القضاة بخصوص النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ([١]) ، [٢] ، حيث أن إقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ليس حكرا على عليها وحدها .

فإذا كان صحيحا أن إقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات - **وباعتباره وسيلة ضرورية لهيمنة السلام بينهم** - هو وظيفة حيوية من وظائف الدولة الحديثة ، إلا أن هذا العمل لايعتبر على وجه الإطلاق حكرا عليها ، إذ يستطيع الأفراد ، والجماعات - **وعن طريق الإتفاق فيما بينهم** - أن يختاروا هيئة تحكيم ، للفصل فى المنازعات " **القائمة ، والمحددة** " التى نشأت بالفعل بينهم لحظة الإتفاق على التحكيم " **مشارطة التحكيم** " ، أو المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ فى المستقبل بينهم " **شرط**

---

(١) أنظر :

SOLUS (H.) et PERROT (R.) : Droit Judiciaire prive . T. 1 . Paris . Sirey . 1961 . P. 44 .

وقارب : محمود محمد هاشم - إستنفاد ولاية المحكمين - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (٢٦) - العدد الأول - ١٩٨٣ / ١٩٨٤ - ص ص ٥٣ - ١٠٦ .

(٢) فى تحديد المعايير المميزة لعناصر فكرة التحكيم ، وأثر افتقار نظام التحكيم لأحد عناصره ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٢٧ ومابعدها .

التحكيم " ، فإنه ينبغى عدم الخلط بين القاعدة القانونيـة الملزمـة ، وكيفيـة تنفيذها (١) .

فمن بين عناصر التحكيم التى تميزه عن غيره من النظم القانونية الأخـرى - **كالوكالة ، والصلح ، والخبرة ، والتوفيق مثلا** - هو وجـود نزاعـا قائمـا ومحددا " **مشارطة التحكيم** " ، أو محتملا ، وغير محدد " **شـرط التحكيـم** " بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لحظة الإتفاق علـى التحكيم ، وتخويل الغير " **هيئة تحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم** " سلطة الفصل فيه ، بمقتضى حكم تحكيم ، يكون ملزما لهم ، وتخلف ذلك يؤدى إلى انتفاء نظام التحكيم ، وقد يؤدى إلـى وجـود نظام آخر ، يختلف عن نظام التحكيم (٢) ، (٣) .

بيان دور فكرة النزاع فى تكييف نظام التحكيم :

عقد التحكيم ، أو مشارطته ، إنما يتعلق بوجود منازعة قائمة ، محـددة وناشئة بالفعل بين أطرافه ، لحظة الإتفاق على التحكيـم ، بصـدد علاقـة قانونية محددة ، سواء كانت العلاقة ناشئة عن تعاقد مـبرم بيـن الأطـراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو تصرفا حـدث ، أو واقعـة تحققت ، وتؤثر على حقوقهم ، ومراكزهم ، وبشـرط أن يكـون موضـوع

---

(١) أنظر : **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧ ص ٤٦ .

(٢) فى بيان دور فكرة النزاع فى تكييف نظام التحكيم ، أنظر : **محمد نور عبد الهادى شـحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٦ ومابعدها .

(٣) أنظر مع هذا : **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٣٨ ، ٣٩ . حيث يرى سيادته أن معيار النزاع لايكفى وحده لتمييز نظام التحكيم عما عداه من أفكار أخـرى متقاربة ، وأنه يجب تعضيده بمعايير أخرى .

النزاع القائم بالفعل بينهم داخلا فى نطاق المسائل التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم .

ومن ثم ، فإنه لايصح إبرام عقد التحكيم ، أو مشارطته بالنسبة لنزاع إنتهى بالفعل بين أطرافه ، إما بحكم قضائى صادرا من القضاء العام فى الدولة الحديثة ، يكون حاسما له ، أو حتى بحكم تحكيم صادرا من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، ويكون نهائيا . كما لايصح بالنسبة لنزاع فى المستقبل لم ينشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لحظة الإتفاق على التحكيم (١) .

أما وجود المنازعة بالنسبة لشرط التحكيم ، فإنه يتحقق بوجود العقد المتضمن له . إذ أنه وفى شرط التحكيم لايشترط أن تكون هناك منازعة قائمة بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لحظة الإتفاق على التحكيم ، فهو - أى **شرط التحكيم** - بحسب طبيعته ، يتم بالنسبة لمنازعة مستقبلية ، ومحتملة ، وغير محددة لحظة الإتفاق على التحكيم والتى قد تنشأ عن تفسير العقد موضوع التحكيم ، أو تنفيذه (٢) .

الملاحظة الثانية :

نظام التحكيم هو طريقا خاصا للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وماتكفله من ضمانات ، ويعتمد أساسا على أن أطراف النزاع

---

(١) أنظر : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٥ ص ١٣٦ .

(٢) فى بيان كيفية تحديد النزاع فى شرط للتحكيم ، وتطبيقات القضاء المقارن فى هذا الشأن ، أنظر : **أحمد شرف الدين** - مضمون بنود شرط التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ٢٦ ومابعدها .

موضوع الإتفاق على التحكيم هم الذين يختارون قضاتهم ، بـــدلا من الإعتماد على التنظيم القضائى للبلد الذى يقيمون فيه [1] :

نظام التحكيم هو بناء قانونيا يكون مركبا من ثلاثة إرادات :

نظام التحكيم ينشأ عن إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وهذه الإرادة هى التى تخلقه ، وهى قـــوام وجـــوده ، وبدونـــها لايتصور أن يخلق ، أو يكون . إلا أن هذه الإرادة لاتكفى وحدهـــا ، وإنمـــا يتعين أن تقر النظم القانونيـــة الوضعيـــة - **وعلـــى اختـــلاف مذاهبـــها ، واتجاهاتها** - إتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيـــم** " على اختيار نظام التحكيم ، للفصـــل فـــى منازعاتـــهم " **الحالـــة ، القائمـــة والمحددة لحظة إبرام الإتفاق علـــى التحكيـــم " مشـــارطة التحكيـــم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " شرط التحكيـــم "** بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامـــة والإختصاص بالفصل فى كافة منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيـــا كـــان **موضوعها** - إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص .

---

(1) أنظر : أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ - ط٣ - ١٩٩٤ - بنـــد ١٢٥ ص ٢٢٤ ، ط٤ - ١٩٩٧ - بند ١٢٥ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، محمد محمود إبراهيم - أصول التنفيذ الجبرى على ضـــوء المنهج القضائى - ١٩٩٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٨٥ ، عادل محمد خير - مقدمة فى قـانون التحكيم المصرى - ط١ - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢ ص ٢٠ . وانظر أيضا : نقـض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/٢/١٦ - المجموعة - ٢٢ - ١٧٩ ، ١٩٧٦/١/٦ - المجموعـــة ٢٧ - ١٣٨ ، ١٩٧٨/٢/١٥ - المجموعة ٢٩ - ٤٧٢ ، ١٩٨١/٣/٢٦ - الطعن رقـــم (٦٩٨) - لســـنة (٤٧) ق ، ١٩٨٢/٣/٩ - س (٣٣) - العدد الأول - ص ٢٨٦ ، ١٩٨٨/١١/٢٠ - فى الطعـــن رقم (١٠٤٣) - لسنة (٥٥) ق ، جلسة ١٩٨٩/٥/١٨ - فى الطعـــن رقـــم (٧٤٠) - لســـنة (٥٢) ق - س (٤) - الجزء الثانى - ص ٣٠١ ، جلسة ١٩٩٠/١/٢٣ - فى الطعن رقم (٢٥٦٨) - لسنة (٥٦) ق ، ١٩٩٢/٧/١٣ - فى الطعن رقم (٢٢٦٧) - لسنة (٥٤) ق .

فإذا إذا لم تنص النظم القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** -على جواز التجاء الأفراد ، والجماعات على اختيار نظام التحكيم ، للفصل في منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " شرط التحكيم "** ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل في كافة منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانوني وضعي خاص ، وجواز تنفيذ حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ماكانت إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بكافية لخلقه . فالأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - تقر نظام التحكيم كطريق خاص للفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، وتنظم قواعده ، وإجراءاته ، إحتراما لإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ومتى وضحت هذه الإرادة وفق الشكل الذى تتطلبه الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - إلتزم الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عن طريق هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل في كافة منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانوني وضعي خاص ، فيفرض عليهم ، كما يفرض عندئذ حكم التحكيم الصادر من **هيئة التحكيم** في النزاع موضوع **الإتفاق على التحكيم عليهم ، وينتهى أثر إراداتهم عند هذا الحد .**

فالعبرة أن تكشف إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن رغبتهم في النزول عن الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة الحديثة

صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعـــات الأفــراد والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماأستثنى بنــص قــانونى وضعـــى خاص ، للفصل فى منازعاتهم ، واختيار نظام التحكيم عندئذ بديلا ، للفصـــل فيها ، بأحكام تحكيم ، تكون ملزمة لهم .

وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - تستمد سلطاتها فى الفصل فيه مـــن الأنظمـــة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها** ، **واتجاهاتها** - وهى جهة قضـاء خاص ، نظمتها الأنظمة القانونية الوضعيـــة - **وعلـــى اختـــلاف مذاهبـــها واتجاهاتها** - **ونظام التحكيم هو بناء قانونيا يكون مركبا من ثلاثة إرادات** :

الإرادة الأولى :

إرادة النظام القانونى الوضعى .

الإرادة الثانية :

إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

والإرادة الثالثة :

إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيم .

وإذا افتقر نظام التحكيم إلى أى من هذه الإرادات ، فإننا لانكون عندئذ بصـــدد نظام التحكيم [١] .

وتعمل إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى اطـــار إرادة النظام القانونى الوضعى ، وهذه الإرادة تظل ساكنة إلـــى أن تحركـــها إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، والتى تدور فـــى

---

(١) فى بيان أثر افتقار نظام التحكيم للعنصر الإرادى " التحكيم الإجبارى " ، أنظر : محمد نور عبـــد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٦٤ ومابعدها .

فلكها ، ولاتحيد عنها ، والتى تتجلى فى الإتفاق على التحكيم - **شـرطا كـان أم مشارطة** – وفى الإتفاق على نوع التحكيم ، وفى اختيار أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتحديد نطاق سلطاتها ، والإجراءات المتبعة أمامها ، ومكان التحكيم [١] ، ثم إرادة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى تعمل فى اطار الإرادتين السابقتين ، بقصد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [٢] .

التحكيم الإختيارى هو الصورة العامة لنظام التحكيم :

التحكيم الإختيارى هو الصورة العامة لنظام التحكيم ، وهى التى ينظمها القانون الوضعى المصرى للتحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية . ويبدأ هذا التحكيم بعقد ، يتفق فيه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على الفصل فى النزاع الذى نشأ فعلا بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " **مشارطة التحكيم** " أو النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ بينهم فى المستقبل " **شرط التحكيم** " ، عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئة غير قضائية " **هيئة**

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٠ ، إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء فى الفقه الإسلامى ، والأنظمة الوضعية - دراسة مقارنة - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ١٣٤ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - الرقابة على أعمال المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٢ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٨ ص ٢٢ ، إبراهيم نجيب سعد - أحكام المحكمين - رسالة باريس - ١٩٦٩ - ص ص ٣٣٨ - ٣٤٦ - بند ٢٣١ ، وجدى راغب فهمى - التنفيذ القضائى - ١٩٩٥ - ص ١٣١

تحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم " ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه . وقد يـــبرم هـــذا العقد بصدد نزاع معين ، نشأ بالفعل لحظة إبرامه بين الأطراف المحتكميـــن " أطراف الإتفاق على التحكيم " . ويسمى عندئذ : مشارطة التحكيـــم Le compromis ، أو يبرم تبعا لعقد آخر ، للفصل فـــى الـــنزاع المحتمـــل ، وغير المحدد لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والذى يمكن أن ينشـــأ فـــى المستقبل عن تفسيره ، أو تنفيذه ، بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيـــم " . ويســـمى عندئـــذ : شـــرط التحكيـــم La clause compromissoire [1] .

فلايعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـــارطة - على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه - دون المحكمة المختصـــة أصـــلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه - إلا باتفاق الأطراف المحتكمين " أطـــراف الإتفاق على التحكيم " على ذلك ، خلاف نظام التحكيم الإجبـــارى - كنظـــام التحكيم الذى كان منصوصا عليه فى قانون القطاع العام المصرى ، والـــذى صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٢٠٣) لســـنة ١٩٩١ فـــى شـــأن شركات قطاع الأعمال العام بالغائه ، بما تضمنه مـــن نصـــوص التحكيـــم الإجبارى التى كانت واردة فيه .

---

(١) فى دراسة قواعد ، وأحكام الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعـــده فى قانون المرافعات ، وقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - الرسالة المشار إليها ، عبد الحميـــد منشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ١٩٩٥ - ص ٢٧ ومابعدها ، مختار أحمـــد بريـــرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - ص ٣٦ ومابعدها ، عبد الحميـــد الشـــواربى - التحكيـــم ، والتصالح - ١٩٩٦ - ص ٣٧ ومابعدها .

ويخضع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى وجـوده ، وفى قيامه صحيحا [1] لقانون البلد الذى تم فيه [2] .

فالإتفاق على التحكيم هو :

اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفـاق علـى التحكيـم " علـى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى كل ، أو بعض المنازعات التى نشأت فعلا بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " مشارطة التحكيم " ، أو يمكـن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة علاقة قانونية معينة - عقدية كـانت ، أو غير عقدية- " شرط التحكيم " .

بمعنى أن الإتفاق على التحكيم قد يأتى فى إحدى صورتين . وهما :

الصورة الأولى :

مشارطة التحكيم Le compromis :

وتكون باتفاق بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** " - **والذين نشأ بالفعل نزاعا بينهم ، لحظة إبرام الإتفـاق علـى التحكيـم** - بالفصل فيه بواسطة هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غـير قضائية ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه [3]

---

(1) فى دراسة شروط صحة الإتفاق على التحكيم ، أنظر : **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعـده - الرسالة المشار إليها - بند ١٠٢ ومايليه ص ٣٧١ ومابعدها ، **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجـارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٢ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها .

(2) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/١/٩ - فى الطعن رقم (٤٥٣) - لسـنة (٤٢) ق ، ١٩٨٢/٥/٢٦ - فى الطعن رقم (٧١٤) - لسنة (٤٧) ق . مشارا لهذين الحكمين القضـائيين فى : **أحمد ماهر زغلول** - أصول التنفيذ - ط٣ - ١٩٩٤ - بند ١٢٥ ص ٢٢٥ - فى الهامش .

(3) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ١٥ ، **سـلمية راشد** - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - ص ٧٧ ، **محمود محمد هاشـم** - النظريـة العامـة

والصورة الثانية :

شرط التحكيم La clause compromissoire :

ويكون الإتفاق عليه كبند من بنود عقد معين ، يكون مبرماً بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، بشأن الفصل في نزاع محتمل ، وغير محدد ، يمكن أن ينشأ في المستقبل عن تفسيره ، أو تنفيذه ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل في موضوعه (١) فالإتفاق على التحكيم قد يرد في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية – **سواء كان عقدا مدنيا ، أم تجاريا ، أم إداريا** – فيتفق طرفا العقد على أن مايمكن أن ينشأ بينهم في المستقبل من منازعات بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه يتم الفصل فيها بواسطة هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها** - وعندئذ ، يرد شرط التحكيم على أى نزاع قد يحدث بينهم في المستقبل

للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية – بند ٢٨ ص ٧٧ ، **المؤلف** – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٢٨ ص ٧٤ ، **عبد الحميد المنشاوى** – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ٢٧ ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** – التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٠٣ .

(١) أنظر : **أحمد أبو الوفا** – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٢٣ ، **وجدى راغب فهمى** – النظرية العامة للتنفيذ القضائى – ١٩٧٣ – ص ١٣٢ ، **محمود محمد هاشم** – إتفاق التحكيم – ص ٢٩ ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية – ص ٢٩ ، قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته – ط٢ – ١٩٩١ – بند ١٠٩ ص ٢١٤ ، **المؤلف** – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣٠ ص ٧٩ ، **عبد الحميد المنشاوى** – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ٢٧ ، ٢٨ ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** – النظام العام ، والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٠٣ .

بمناسبة تفسير العقد الذى تضمنه ، أو تنفيذه ، فلا يرد على نزاع معين [1] . وقد لايتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على التحكيم فى العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، ولكن وبعد قيام النزاع بينهم ، يبرمون اتفاقا خاصا ، للفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية [2] .

شرط التحكيم قد يكون قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية - ولايؤثر ذلك فى وصفه بأنه شرطا للتحكيم ، مادام الإتفاق عليه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " :

ويرد شرط التحكيم عادة فى العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر **الرابطة القانونية** - على أنه لايوجد مايمنع من وروده فى عقد لاحق ، يكون

---

(١) فى دراسة تفصيلية لشرط التحكيم ، أنظر :

BEAUREGARD (JACQUES) : De la clause compromissoire . These . Paris . 1911 ; CHARLES REFPRT : Les diffcultes soulvees par l'application de la loi 31 Decembre 1925 . sur la clause compromissoire . Paris . 1929 ; GRECH (GASTON) : Precis de l'arbitrage. Traite pratique sur la clause compromissoire et les chambres arbitrales . 1964 ; HERVE CHASSERY : La clause compromissoire en Droit interne . These . Montpellier . Mars . 1975 ; MOREL (R .) : La clause compromissoire commmercial . L. G. D. J . Paris . 1950 ; MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . These . Renne . 1985 .

وانظر أيضا : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – مقالة منشورة فى مجلة الدراسات القانونية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة أسيوط – العدد السادس – يونية – ١٩٨٤ – ص ١٩٥ ومابعدها .

(٢) أنظر : عبد الحميد المنشاوى – التحكيم الدولى ، والداخلى – ١٩٩٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٢٨ .

مبرما بينهم ، قبل نشأة أى نزاع بينهم ، فيكون المميز لشرط التحكيم عندئـــذ ليس هو وروده فى العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** - ولكن كـــون المنازعات التى يشملها شرط التحكيم هى منازعات محتملة ، وغير محــــددة فهى لم تنشأ بعد لحظة الإتفاق على التحكيم [١] .

ذلك أنه - **وإن كان فى الغالب من الأحوال** - أن يرد شرط التحكيم فى نفس العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** - سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقـــدا تجاريا ، أم عقدا إداريا ، إلا أن ذلك ليس بلازم . إذ قد يكون شرط التحكيــم قائما بذاته ، ومنفصلا عن العقد المبرم بيـــن أطرافــه - **مصـــدر الرابطـــة القانونية** - ولايؤثر ذلك فى وصفه بأنه شرطا للتحكيم ، مادام الإتفاق عليـــه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيم** " [٢] .

وشرط التحكيم كثيرا مايدرج فى العقد المبرم بيـــن أطرافـــه - **مصـــدر الرابطة القانونية** - سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريـــا بل وقد أصبح هو القاعدة فى ميدان التجارة الدوليـــة ، باعتبـــار أن الغالبيـــة العظمى من قضايا التحكيم - **وخاصة فى المجال الدولى** - تنشأ استنادا إلـــى شرط للتحكيم ، يكون سابقا على نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم ، بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [٣] .

---

[١] أنظر : عبد الحميد المنشاوى - الإشارة المتقدمة .

[٢] أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٧ ص ١٨ ، بند ٩ ص ٢٤ .

[٣] أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعي - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٠١ .

إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية - والذى تضمنه :

رغم ورود شرط التحكيم فى العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - فإنه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد ، فهو تصرفا قانونيا مستقلا ، وقائما بذاته ، **وإن تضمنه العقد مصدر الرابطة القانونية** . ومن ثم ، فإنه قد يتصور صحة شرط التحكيم ، رغم بطلان العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمن هذا الشرط ، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل أيضا شرط التحكيم - **كما لو كان العقد الأصلى المبرم بين أطرافه** - مصدر الرابطة القانونية - **قد أبرم بواسطة شخص ، كان وقت إبرامه ناقصا الأهلية** . ولايؤدى بطلان ، أو فسخ ، أو إنهاء العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - إلى التأثير على شرط التحكيم . فطالما أن شرط التحكيم قد استكمل شروط صحته الخاصة به ، فإنه يكون صحيحا قانونا ، وينتج كافة آثاره القانونية ، رغم ماأصاب العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - من عوارض . خاصة ، مع إمكانية تصور خضوع شرط التحكيم المبرم بين أطرافه لقانون وضعى يختلف عن القانون الوضعى الذى يخضع له موضوع العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** . فيعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى - **مصدر الرابطة القانونية** - ولايترتب على بطلان العقد - **مصدر الرابطة القانونية** - أو فسخه ، أو إنهائه أثرا على شرط التحكيم الذى يتضمنه ، إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته [١]

---

[١] فى دراسة مصير شرط التحكيم الذى تضمنه العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - مصدر الرابطة القانونية - لسبب أدى إلى بطلانه ، أو فسخه ، أو إنهائه ، أنظر :

KLEIN . F . E : Du caractere autonomie de la clause compromissoire notamment en matiere d'arbitrage international . Revue critique de Droit international prive . 1961 . P . 499 et s ; FOUCHARD (PHILIPPE) : L'arbitrage commercial international . P. 69 et s ; ROBERT (JEAN)

ونتيجة لذلك ، فإن شرط التحكيم ينتج عندئذ كافة آثاره القانونيـــة ، ويكــون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ســلطة النظر فى أية منازعات يمكن أن تنشأ عن بطلان ، أو فسخ ، أو إنهاء العقــد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** [1] .

وقد كرست المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية مبدأ اســتقلال شــرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونيــة** - والذى تضمنه ، بنصها على أنه :

" **يعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولايــترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنــه إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته** " .

فى حين لم تتضمن مجموعة المرافعات الفرنسية نصا قانونيــا وضعيــا صريحا يكرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلــى المــبرم بيــن أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنه ، ولكنها كرســت فــى المادة (١٤٦٦) منها مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، والتى تنــص علــى أنه :

: Arbitrage civil et commercial en Droit interne et international prive . Dalloz . 4e ed . 1990 . P. 134 et s .

وانظر أيضا : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - ص ٧٨ ومابعدها ، إبراهــيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولى الخاص - ص ٤٥ ومابعدها ، مختار أحمــد بريــرى - التحكيــم التجارى الدولى - بند ٣٣ ص ٤٩ ، ٥٠ ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلــى - ص ٢٨ .

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٣ ص ٤٩ ، ٥٠ .

" إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم فى أساس أو مدى سلطته ، أو نطـــاق اختصاصه ، فيكون لهذا الأخير الفصل فى صحة الإتفاق على التحكيـــم ، أو حدود اختصاصه " [١] .

ويستند جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى إلى النص القانونى الوضعـــى المتقدم للقول بأنه يؤدى إلى تقرير مبدأ استقلالية شرط التحكيم عـــن العقـــد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنـــــه** - من الناحية العملية . إذ طالما أن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة الفصل فى بطـــلان ، أو صحـــة العقـــد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - والذى تضمنـــــه ، فإن هذا يعنى أن شرط التحكيم بوصفه اتفاقا على التحكيم ، يكون من الممكـن فصله عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطـــة القانونيـــة** - ومن ثم ، يكون متمتعا بالإستقلالية [٢] .

ولكن جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقـــارن قـــد رأى - **وبحـــق** - الربط بين مبدأ الإختصاص بالإختصاص ، ومبدأ استقلال شرط التحكيم عـــن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطـــة القانونيـــة** - والـــذى تضمنه . ومن ثم ، فالأكثر قبولا عندئذ هو القول بأن مبدأ إســـتقلال شـــرط التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونيـــة** - والذى تضمنه يعد من المبادئ الأساسية التى يقوم عليها نظام التحكيم ، ســواء على الصعيد الوطنى ، أم على الصعيد الدولى فى فرنسا ، حيث أن القضـــاء

---

(١) وقد وردت هذه المادة فى الفصل الثانى الخاص بسلطة هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، سواء كان مصدر هـــذه الســـلطة شرطا للتحكيم ، يكون وارد فى عقد معين ، أو مشارطة تحكيم ، كانت قد أبرمت بصفـــة مســـتقلة بمناسبة نزاع ما

(٢) أنظر :

ROBERT (JEAN) : Arbitrage civil et commercial . P.134 .

الفرنسى قد كرسه فى قضايا التحكيم التجارى الدولى علـــى نحـــو قـــاطع ، وبشكل متواتر ، مما يصلح أساسا للقول بوجوده أيضا فى التحكيـــم الداخلـــى الفرنسى ، بدلا من محاولة التعسف فى تفسير النصوص القانونية الوضعيـــة الفرنسية ، وتحميلها أكثر مما تحتمله [1] .

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القـــانون الوضعـــى المقارن :

أولا :

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى الفرنسى :

الحديث عن جزاء الإخلال بشرط التحكيم في القانون الوضعى الفرنسى . أى ، الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، يتطلب منا أن نتحدث أولا عن موقف مجموعة المرافعات الفرنسية الســابقة مــن هــذه المسألة ، ثم بعد ذلك نتطرق للحديث عن مجموعة المرافعات الفرنسية فـــى ظل أحكام المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مـــايو ســـنة ١٩٨٠ - **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** ، لاختـــلاف طبيعة الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شـــرط التحكيـــم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيـــم فـــى المجموعتين .

(أ) - الأثر القانونى المترتب على عدم موافقة أحد أطراف شـرط التحكيم على إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضـــوع شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

---

[1] أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٣ ص ٥٠ .

لم يكن شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة يعتبر اتفاقا على التحكيم ، وإنما كان وعدا بإبرام هذا الإتفاق فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم . بمعنى ، أن شرط التحكيم يمثل حلقة مؤدية للتحكيم - كنظام قانونى للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعاتهم - وأيا كان موضوعها إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص - وهو يمهد لإبرام عقد آخر ، هو مشارطة التحكيم .

بحيث أن شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود لمواجهة نزاع محتمل وغير محدد - وفى الحالات التى يجوز فيها التجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم ، عن طريق هذه الصورة من صورتى الإتفاق على التحكيم " الشرط ، والمشارطة " - لايعفى أطراف شرط التحكيم عندئذ من إبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم (١) .

وقد ثار التساؤل عن مدى حرية أطراف العقد الأصلى المبرم بين أطراف شرط التحكيم - مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم - فى إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ؟ . فهل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطان إرادة أطراف شرط التحكيم ؟ . وهل يكون الرد على ذلك بالإيجاب ؟ . فيكون شرط التحكيم عملا إراديا

---

(١) فى بيان مدى التزام أطراف شرط التحكيم بإبرام مشارطة تحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، أنظر :

M . ROTHE : La clause compromissoire . P . 72 et s ; Dalloz . Nouveau Repertoire De Droit . N . 50 et s , N . 85 et s ; Dalloz . Encyclopedie Juridique . N . 38 et s ; EMIL – TYAN : op . cit . , p . 201et s ; Repertoire De Droit commercial . N . 56 et s ; Repertoire De Droit civile . N . 205 et s , N . 225 et s ; JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Neuvieme edition . N . 813 . P . 1043 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , p . 180 et s

يتضمن الوعد بالتحكيم ، ويترتب على رفض أحد أطـراف شـرط التحكيـم إبرام مشارطة مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة الـنزاع موضـوع شرط التحكيم ، ألا يكون للأطراف الآخرين فى العقـد الأصلـى - **مصـدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم** – سوى مطالبتـه بـالتعويض عما لحق بهم من أضرار ، نتيجة إخلاله بشرط التحكيم ؟ . أم أنه يمكن تنفيذ هذا الإلتزام تنفيذا عينيا ؟ .

بحيث يجوز إجبار المتعاقد على تنفيذ التزامه ، إما قضاء ، على أساس تنفيذ الإلتزام عينا ، فيقوم القاضى العام فى الدولة الفرنسية بمهمة إختيار أعضـاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو رضـاء فيمتثل الطرف الآخر لإجراءات تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، ويقوم عندئذ بالمساهمة فى تكوين هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ؟ .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى إلى أن الجـزاء المـترتب على رفض أحد الأطراف المتعاقدين تنفيذ شرط التحكيم تنفيذا عينيـا ، عـن طريق إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شـرط التحكيم ، وتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضـوع شرط التحكيم ، هو الحكم بالتعويض على من يرفض إبرام مشارطة التحكيـم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، وتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم (١) . وقـد أيـدت هذا الرأى بعض أحكام القضاء الفرنسى (٢) .

---

(١) أنظر :

WAHI : La clause compromissoire en matiere commercial . J . C . P . 27 ed . G . I . 1 et s ; CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre 1925 . lois nouvelles . 1926 . 1 . P . 181 ; RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature juridique . L . G . D . J . 1965 . p . 259 . N . 39 .

غير أن محكمة النقض الفرنسية قد انتهجت مسلكا آخر مؤداه : " أنـــه يحـــق للطرف ذى المصلحة أن يلجأ إلى القضاء العام فى الدولة ، ويطلـــب منـــه تعيين هيئة تحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع شـــرط التحكيـــم ، والذى نشأ بالفعل عن تفسير العقد ، أو تنفيذه - والمتضمن شرط التحكيـــم - فيقوم حكم القاضى العام فى الدولة عندئذ مقام الإتفـــاق علـــى التحكيـــم حيث يفرض شرط التحكيم على أطراف العقد الذى تضمنه ، وينفذ جـــبرا . بمعنى ، أن عدم موافقة أحد أطراف شرط التحكيم علـــى إبـــرام مشـــارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيـــم ، لايـــؤدى إلى إفلات النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية هيئة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم . فإذا تضمن العقد التجارى شرطا للتحكيم ، فإنه يفرض على أطرافه التزاما بالإلتجـــاء إلـــى نظـــام التحكيـــم للفصل فى المنازعات التى يثيرها هذا العقد . ومن ثم ، يلتزم أطرافه بعـــدم عرض المنازعات المذكورة بالعقد على المحاكم المختصة أصـــلا بتحقيقـــها والفصل فى موضوعها ، ويجب عليهم عرضها على هيئة التحكيم المكلفـــة بالفصل فيها . والخلاف الذى قد يثور بيـــن أطـــراف العقـــد التجـــارى - والمتضمن شرطا للتحكيم - ويكون من شأنه الحيلولة دون اضطلاع هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بمهمتها التحكيمية ، لاينبغى أن يحول دون تنفيذ شرط التحكيم . فإذا اختلـــف أطـــراف العقـــد التجارى - والمتضمن شرطا للتحكيم - حول تسمية أعضاء هيئة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، فإنه يجوز لأى منـــهم أن يطلب من المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيق النزاع موضوع شـــرط التحكيم ، والفصل فى موضوعه ، الأمر بإلزام خصمـــهم بالمشـــاركة فـــى

---

(٢) أنظر:

Paris . 10 Juillet . 1928 . S . 1930 . 2 . 5 ; La cour de Marsielle commerciale . 2 Fev . 1927 . cite par JEAN – ROBERT : op . cit . , N . 37 .

تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، فى مدة معينة ، وإلا قامت هذه المحكمة بإجراء هذا التعيين من تلقاء نفسها ، واتخاذ جميع الإجراءات الازمة لمباشرة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم لمهمتها التحكيمية ، فضلا عن التزام الطرف المذكور بالتعويض ، متى كان له مقتض . والخلاف حول إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، لايجيز لأى طرف فى العقد التجارى - والمتضمن شرط التحكيم - التنصل منه ، ونقضه - بارادته المنفردة ، ووفقا لمشيئته وحده - لأن تعليق خضوع النزاع موضوع شرط التحكيم - والذى نشأ فعلا - للتحكيم على محض مشيئة أطراف العقد التجارى - والمتضمن شرط التحكيم - يجعله وهميا ، وعديم الأثر . فلايجوز لأحد أطراف العقد التجارى - والذى تضمن شرطا للتحكيم - الإدعاء باختصاص المحكمة التجارية بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، حيث يتناقض هذا المسلك مع شرط التحكيم المدرج فيه . فإذا أصر أحد أطرافه على هذا المسلك ، جاز للأطراف الآخرين الدفع أمام المحكمة التى رفع أمامها النزاع موضوع شرط التحكيم به ، ووجب على تلك المحكمة قبول هذا الدفع ، والذى يتضمن الإدعاء بعدم إختصاصها بتحقيق هذا النزاع ، والفصل فى موضوعه " (١) .

وهكذا ، فقد أضفت محكمة النقض الفرنسية على شرط التحكيم طابعا إلزاميا يوجب تنفيذه . **فالوعد بالتحكيم هو** : مجرد التزاما بعمل ، لايتخلف عن الإخلال به سوى التعويض ، بل أصبح النظر إليه كالتزام قابل للتنفيذ العينى وهو تنفيذا يفرضه قرار القاضى العام فى الدولة على الخصم المماطل فرضا ، مادام لم يقم بتنفيذه اختيارا . وبذلك ، فإنه يجوز للطرف صاحب المصلحة

---

(١) أنظر :

Cass . Com . 27 Fevrier . 1939 . Gaz . Pal . 1939 . 1 . 678 .

فى عرض النزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، **الإلتجاء إلى** رئيس المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه - **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** - إذا لم يستجب الطرف بالمشاركة فى تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم خلال مدة معينة ، دون حاجة لصدور حكم قضائى ، يكون حائزا لقوة الأمر المقضى .

وقد صاغ المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا** - فى الباب الأول : إتفاقات التحكيم ، وتبين أن شرط التحكيم - **شأنه شأن مشارطة التحكيم** - قد أصبح يشكل التزاما مستقلا عن مشارطة التحكيم ، بالإلتجاء إلى إجراءات التحكيم من جانب الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، للفصل فى النزاع - **المحتمل ، وغير المحدد** - موضوع شرط التحكيم ، وليس مجرد وعدا بإبرام مشارطة التحكيم فى **المستقبل** ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم .

فالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** - قد أوضح استقلال صورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ، ومشارطته** " . بحيث يمكن لأطراف العقد التجارى الذين يدرجون فيه شرطا للتحكيم ، **للفصل فى** النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والذى يمكن أن ينشأ مستقبلا عن **تفسيره** أو تنفيذه فى المستقبل - **وعند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم** - الإلتجاء مباشرة **إلى** إجراءات التحكيم ، عن طريق تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، دون حاجة لإبرام مشارطة تحكيم مستقلة .

بل ويظهر إستقلال صورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ، ومشارطته** " فى المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو

سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** – من خلال تخصيصه الفصل الأول من الباب الأول لشرط التحكيم . والفصل الثانى منه لمشارطة التحكيم ، والفصل الثالث منه للقواعد المشتركة لصورتى الإتفاق على التحكيم " شرط التحكيم ، ومشارطته " .

فالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا** – قد ميز شرط التحكيم عن مشارطته ، وجعلهما على قدم المساواة ، من حيث الأثر القانونى المترتب على كل منهما ، بحيث يلتزم أطراف شرط التحكيم بالإلتجاء مباشرة إلى إجراءات التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، دون حاجة لإبرام مشارطة تحكيم مستقلة [١] .

ثانيا :

طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى المصرى :

شرط التحكيم يكون وعدا بعقد فى القانون الوضعى المصرى [٢] . ومن ثم فإنه يشترط أن تتوافر لدى الواعد نفس الأهلية الازمة لصحة العقد الموعود به " **مشارطة التحكيم** " .

---

(١) فى بيان طبيعة شرط التحكيم فى المرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ – والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى بفرنسا ، أنظر :

G . CORNU : Presentation de la reforme . Rev . Arb . 1980 . P . 583 et s ; J . ROBERT et B . MOREAU : op . cit. , N . 57 et s ; RUBELLIN – DEVICHI : Jueis - Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1020 . ou commercial . Fasc . 210 . N . 1et s ; Repertoire De Droit commercial . N . 98 et s ; Repertoire De Droit civile . N . 225 et s ; Repertoire De Droit Procedure civile . N . 149 et s .

والوعد بالتعاقد هو : اتفاقا يتم بتوافـــق إرادتيـــن . بموجبـــه ، يعـــد أحـــد المتعاقدين الآخر بإبرام عقد معين فى المستقبل ، إذا أظهر الأخير رغبته فـــى ذلك خلال مدة معينة ، فيتقيد الواعد بهذا الإتفاق ، دون أن يتقيد الموعود لـــه بشئ [1] .

وتنص المادة (١٠١) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ١ - الإتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقـــد معين فى المستقبل ، لاينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهريـــة للعقـــد المراد إبرامه ، والمدة التى يجب إبرامه فيها .

٢ - وإذا اشترط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجـــب مراعاته أيضا فى الإتفاق الذى يتضمنه الوعد بإبرام هذا العقد " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، **أن الوعد بالتعـــاقد هـــو** : عقدا كاملا يتم بإيجاب ، وقبول . ولذلك ، فإنه يجب أن تتوافر فيـــه شـــروط الإنعقاد ، وشروط الصحة الازمة لأى عقد من العقـــود ، ولكـــن نظـــرا لأن الوعد بالتعاقد يلزم الواعد ، دون الموعود له ، فإنه يجـــب أن تتوافـــر فـــى الواعد الأهلية الازمة لإبرام العقد النهائى . أما الموعود له ، فيعتبر الوعـــد بالتعاقد بالنسبة له نافعا نفعا محضـــا . ولذلـــك ، يكفـــى أن يكـــون مميـــزا

---

[2] فى دراسة طبيعة شرط التحكيم ، وجزاء الإخلال به فى القانون الوضعى المقارن ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣١ ، ٣٢ ص ٨١ ومابعدها .

[1] فى دراسة أحكام الوعد بالتعاقد " تعريفه ، شروطه ، وآثـــاره " ، أنظـــر : عبـــد الودود يحي – الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات – ١٩٨٢ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٣٦ ومايليه ص ٤٨ ومابعدها .

ولايشترط أن تتوافر فيه الأهلية الازمة لإبرام العقد الموعود به ، إلا وقت إبرام العقد النهائى [١] .

وحين تجيز الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - للأفراد ، والجماعات الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم بينهم والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية** - بمقتضى شرط للتحكيم فإن ذلك يمثل حلقة مؤدية إلى التحكيم - **كنظام قانونى** . فإرادة الأفراد والجماعات فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة وغير المحددة ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم بينهم ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية** - بمقتضى شرط للتحكيم تظهر منذ البداية فى العقد التجارى ، أو فى العقد المدنى ، والذى يرد به شرط التحكيم ، ويضع هذا الشرط على أطراف العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه** - التزاما بإبرام مشارطة التحكيم التى تتضمن موضوع النزاع الذى نشأ فعلا بينهم ، عن العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه** - وتسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، للفصل فيه ، فى حدود طلبات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ووفقا للقواعد ، والإجراءات التى تكون الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - قد قررتها بخصوص نظام التحكيم ، مالم يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على إعفاء هيئة التحكيم المكلفة عندئذ بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من

---

[١] أنظر : **عبد الودود يحي - الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات - بند ٣٧ ص ٤٨ ، ٤٩ .**

الخضوع لها ، إلا مايتعلق منها بالنظام العـــام **L'ordre public** فـــى القانون الوضعى المقارن ، وحقوق الدفاع للأطراف المحتكميـــن " **أطـراف الإتفاق على التحكيم** " .

وعلى ضوء ماتقدم ، فقد عرف جـــانب مـــن فقـــه القـــانون الوضعـــى المقارن [١] شرط التحكيم بأنه : " **الوعد بـــالتحكيم La promese de compromettre فيما يثور مستقبلا بين المتعاقدين من منازعات تنشـــأ عن العقد الذى تضمن هذا الوعد** " . وبمعنى آخر ، **فإن شرط التحكيم هـو :** مجرد وعدا بالتحكيم ، لأنه ولئن ألزم الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفـــاق على التحكيم** " بالخضوع لنظام التحكيم ، فإن هذا التحكيم لايقوم إلا بإبرامـــهم مشارط التحكيم فى المستقبل ، والتى يحـــدد فيـــها الأطـــراف المحتكمـــون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " موضوع النزاع الذى نشـــأ فعـــلا بمناســـبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم – **مصدار الرابطـــة القانونيـــة ، والذى تضمنه** – ويتم فيها تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . إذ لايتصور قيام تحكيم فى نزاع لـــم ينشأ بعد بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـــم** " . كمـــا لايتصور تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضـــوع الإتـــفاق على التحكيم قبل نشأة أية نزاع بين الأطراف المحتكمين " **أطـــراف الإتفاق على التحكيم** " ، قد يقع ، وقد لايقع . وإذا وقع ، فقد يكون ذلك بعـــد فترة طويلة ، يكون فيها أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد وافتهم – **كلهم ، أو بعضـــهم** – المنيـــة ، أو أصابهم عارضا ، أفقدهم صلاحيتهم للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى

---

(١) أنظر :

HAMONIC (G .) : L'arbitrage en droit . L . G . D . J . Paris . 1950 . P . 10 , 27 .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار ليها – بند ٩ ومايليه ص ١٥٨

التحكيم . ومن ثم ، فإنه لايمكن عند إدراج شرط التحكيم فى العقد الأصلى المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - سوى الوعد بالتحكيم (١) .

ويجد تعريف فقه القانون الوضعى المقارن المتقدم ذكره لشرط التحكيم سنده القانونى فيما قضت به المادة (١/١٠١) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" **الإتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل ، لاينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها** " . فهو الحال فى شرط المدرج فى العقد الأصلى المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - حيث يعد كل **طرف المحتكم** " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " الأطراف المحتكمين الآخرين " **أطراف الإتفاق على التحكيم الآخرين** " بالخضوع لنظام التحكيم ، فيما يثور بينهم من منازعات ، قد تنشأ عن تفسير العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - أو تنفيذه فى المستقبل . لذلك يصح القول بأن شرط التحكيم - **كوعد بالتعاقد** - يعتبر عقدا بمعنى الكلمة يمهد لإبرام عقد آخر ، وهو مشارطة التحكيم .

ويستوى فى التحليل المتقدم أن يرد شرط التحكيم كبند من بنود العقد الأصلى المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمنه** - أو فى اتفاق مستقل عنه ، **ففى** الحالتين يتميز شرط التحكيم - **كوعد بالتعاقد** - عن مشارطة التحكيم - **كعقد موعود به** . إذ بينما يتضمن الأول " **شرط التحكيم** " وعدا من كل من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " للأطراف المحتكمين

---

(١) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٠ ص ١٥٩ .

الآخرين " أطراف الإتفاق على التحكيم الآخرين " بإخضاع نزاع قـــد ينشــأ بينهم في المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينـــهم - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى تضمنه** - لنظام التحكيم ، فـــإن الثـــانى " **مشارطة التحكيم** " يتضمن التزام أطرافه المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيم** " بإخضاع نزاع نشأ فعلا بينهم لنظام التحكيم ، فضلا عـــن تســمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم

ويثور التساؤل عن مدى حرية أطراف العقـــد الأصلـــى المـــبرم بيـــن الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيـــم " - **مصـــدر الرابطـــة القانونية ، والذى تضمن شرط التحكيم** - فى إبرام مشارطة التحكيم ، عنـــد نشأة النزاع المحتمل ، وغير المحدد فى المستقبل بينهم ، بمناسبة تفســـيره ، أو تنفيذه ، فهل تخضع هذه المسألة لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المحتكميـــن " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ؟ .

إذا كان الرد على ذلك بالإيجاب ، فإن النظر إلى شرط التحكيم - **وباعتبـــاره عملا إراديا يتضمن الوعد بالتحكيم** - يقتضى القول بأنـــه إذا رفـــض أحـــد الأطراف المحتكمون " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " إبـــرام مشـــارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بمناسبة تفســـير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطـــة القانونيـــة ، والـــذى تضمن شرط التحكيم** - فلايكون للأطراف المحتكميـــن الآخريـــن " **أطـــراف الإتفاق على التحكيم الآخرين** " سوى مطالبته بالتعويض ، عما أصابهم مـــن أضرار ، بسبب إخلاله بشرط التحكيم . وينبنى على ذلك القـــول ، أن عـــدم موافقة أحد الأطراف المحتكمون " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " علـــى إبرام مشارطة التحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيـــم بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينـــهم - **مصـــدر الرابطـــة القانونية ، والذى تضمن شرط التحكيم** - يعنى عدم خروج النزاع موضوع شرط التحكيم من ولاية المحكمة المختصة أصلا بتحقيقـــه ، والفصـــل فـــى

موضوعه ، واقتصار الأمر على مطالبة هذا الطرف المحتكم " **الطرف في الإتفاق على التحكيم** " بالتعويض عن إخلاله عندئذ بشرط التحكيم .

ووفقا للرأى الراجح فى فقه القانون الوضعى المصرى ، فإن شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود – **وأيا كانت طبيعته ، وباعتباره وعدا بالتحكيم** – ليس مجرد التزاما بعمل ، لايتخلف عن الإخلال به سوى التعويض ، وإنما يجب النظر إليه كالتزام قابل للتنفيذ العينى ، وهو تنفيذا يفرضه القاضى العام فى الدولة على الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " المماطل فرضا ، مادام لم يقم بتنفيذه اختيارا ، إستنادا إلى ماقضت به المادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" **إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط الازمة لتمام العقد وبخاصة مايتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم ، متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد** " .

فمفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن حكم القاضى العام فى الدولة يحل محل إرادة الأطراف ذوى الشأن فى تنفيذ الوعد بالتعاقد ، متى حصل هذا الحكم القضائى على قوة الأمر المقضى [١] .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [٢] أن قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **وفى نصوص التحكيم الملغاه بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " المواد (٥٠١) – (٥١٣)** " – لم يعالج قصور نص المادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى . وخاصة ، بالنسبة لمسألة رفض أحد أطراف العقد الأصلى المبرم

---

(١) أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٢ ص ١٦٣ ، بند ٣٦ ص ٢١٧ .

(٢) أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – ص ٢١٧ ومابعدها .

بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم** - إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو عدم مشاركته فى تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، وحلول القاضى العام فى الدولة ، والمختص أصلا بتحقيق النزاع موضوع شرط التحكيم ، والفصل فى موضوعه - لو لم **يوجد اتفاقا على التحكيم** - محل إرادة الأطراف المحتكمين "**أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى عرض النزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه .

إذ كانت المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - تنص على أنه :

" **يجب تعيين أشخاص المحكمين فى الإتفاق على التحكيم ، أو فى اتفاق مستقل** " ، مما كان يثير التساؤل عن الحل الواجب الإتباع ، فيما لو لم يحصل هذا التعيين ، لاختلاف الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " حول أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم .

فضلا عن أن المشرع الوضعى المصرى وفى نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - لم يكن يبين جزاء على مخالفة الإلتزام الوارد فيها .

ومن جانبنا ، نرى أن الموقف الذى سبق أن انتهجته محكمة النقض الفرنسية فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، كان أكثر حظا من الرأى السائد فقه القانون الوضعى فى مصر من مسألة مدى حرية أطراف العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية ، والمتضمن شرط التحكيم** - فى

إبرام مشارطة التحكيم فى المستقبل ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم بمناسبة تفسير العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية** ، **والمتضمن شـــرط التحكيم** - لاتفاق الحل الذى تبنته مع طبيعة نظام التحكيم - **كوسيلة مرنـــة فعالة ، وسريعة للفصل فى المنازعات** - وهذه الطبيعة لاتتفق مـــع إمكانيـــة حصول الطرف صاحب المصلحة فى عرض النزاع علـــى هيئـــة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم على حكم قضـــائى ، مـــن القضاء العام فى الدولة ، يكون حائزا لقوة الأمر المقضى ، ومايكتنف ذلـــك من صعوبات ، تتعلق بإجراءات التقاضى العام فى الدولة ، ومايستلزم ذلـــك من وقت طويل نسبي ، مما لايحقق الغرض المقصود من التجـــاء الأفـــراد والجماعات إلى نظام التحكيم ، وهو سرعة الفصل فى منازعاتهم ، وتفـــادى الإلتجاء إلى إجراءات التقاضى العادية ، والتى قد تستغرق وقتـــا طويـــلا . ولأجل ذلك ، ولتفادى مايواجه الطرف صاحب المصلحة فى عرض الـــنزاع على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شـــرط التحكيـــم مـــن صعوبة فى الحصول على حكم قضائى ، من القضاء العام فى الدولة ، يكـــون حائز لقوة الأمر المقضى ، لما يستغرقه ذلك من وقت قد يطول فـــى بعـــض الأحيان .

وكذلك ، معالجة قصور المادة (١٠٢) من القانون المدنى المصرى ، فقـــد كان من الازم أن يتدخل المشرع الوضعى المصرى بنص يسمح باتباع الحـــل المقرر فى القانون الوضعى الفرنسى - **والمنوه عنه من قبل** . ونتيجة لذلـــك ، فقد خولت المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية للطرف ذى المصلحة أن يلجأ إلى القضاء العام فى الدولة ، ويطلب منه تعيين أعضاء هيئة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم - **كلـــهم ، أو بعضـــهم** - فيقوم حكم القاضى العام فى الدولة مقام الإتفاق على التحكيم ، حيث يفـــرض شرط التحكيم على أطراف العقد الذى تضمنه ، بحيث ينفذ فرضا .

والخلاف الذى قد يثور بين أطراف شرط التحكيم ، ويكون من شأنه الحيلولة دون اضطلاع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بمهمتها التحكيمية ، لاينبغى أن يحول دون تنفيذ شرط التحكيم . بحيث إذا اختلف أطراف شرط التحكيم حول تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - فإنه يجوز لأى منهم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع شرط التحكيم ، إذا تعلق الأمر بتحكيم داخلي . ولرئيس محكمة استئناف القاهرة - **مالم يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على اختصاص رئيس محكمة استئناف أخرى فى مصر** - فى حالة التحكيم التجارى الدولى " **المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " [١] الأمر بإلزام خصمه بالمشاركة في هذا التعيين ، فى مدة معينة ، وإلا قامت هذه المحكمة بهذا التعيين من تلقاء نفسها ، واتخاذ جميع الإجراءات الازمة لمباشرة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم لمهمتها التحكيمية .

فضلا عن التزام الطرف المنكور بالتعويض ، متى كان له مقتض [٢] .

---

(١) تنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١- يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج ، فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

٢ - وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى إنتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

(٢) فى بيان طبيعة شرط التحكيم المدرج فى عقد من العقود - وأيا كانت طبيعته - للفصل فى نزاع محتمل ، وغير محدد ، والذى يمكن أن ينشأ فى المستقبل ، بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه فى القانون الوضعى

الملاحظة الثالثة :

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته في مجموعة المرافعات الفرنسية المعدلة بالمرسوم الفرنسي الصادر في الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ ، وقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية [١]، [٢] :

(أ) :

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته في مجموعة المرافعات الفرنسية المعدلة بالمرسوم الفرنسي الصادر في الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ :

أولا – نطاق صحة شرط التحكيم في القانون الوضعي الفرنسي :

المصري ، والفرنسي المقارن ، وجزاء الإخلال به ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٣١ ومايليه ص ٨١ ومابعدها .

(١) في دراسة شروط صحة الإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٠٢ ومايليه ص ٣٧١ ومابعدها ، مختار أحمد بريري – التحكيم التجاري الدولي – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٢ ومايليه ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) ويخضع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – في وجوده ، وفي قيامه صحيحا لقانون البلد الذي تم فيه أنظر : نقض مدني مصري – جلسة ١٩٨١/١/٩ – في الطعن رقم (٤٥٣) – لسنة (٤٢) ق ، ١٩٨٢/٥/٢٦ – في الطعن رقم (٧١٤) – لسنة (٤٧) ق . مشارا لهذين الحكمين القضائيين في : أحمد ماهر زغلول – أصول التنفيذ – ط٣ – ١٩٩٤ – بند ١٢٥ ص ٢٢٥ – في الهامش .

بطلان شرط التحكيم ، لاستحالة تحديد موضوع النزاع فيه وفقا لنص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

كانت المادة (١٠٠٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة قد اقتصرت على جواز التحكيم بمشارطة تحكيم ، للفصل فى نزاع نشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، ولم تتحدث عن شرط التحكيم - **جوازا ، أو بطلانا** - الأمر الذى أدى إلى نشأة جدل فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء فى فرنسا حول صحة هذا الشرط . حيث كان التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة يجد أساسه عموما فى المادة (١٠٠٣) منها ، والتى كانت تنص على أنه :

" **يجوز للأفراد الإلتجاء إلى التحكيم فى جميع الحقوق التى يتمتعون بحرية التصرف فيها** " .

بيد أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة كانت قد قيدت النص القانونى الوضعى الفرنسى المتقدم بما قضت به من أنه :

" **يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع وتسمية المحكمين ، وإلا وقعت باطلة** " . ومعنى ذلك ، أنه ولئن جاز للأفراد وللجماعات الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى نزاع نشأ فعلا بينهم ، حيث يمكن تعيينه ، وتسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه فى الإتفاق **المعروف بمشارطة التحكيم** ، فإنه لايجوز الإتفاق مقدما فى عقد من العقود - **وأيا كانت طبيعته** - على الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تفسيره ، أو تنفيذه فى المستقبل عن طريق نظام التحكيم - **دون**

المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها - وهو مايعنى بطلان شرط التحكيم .

ففقه القانون الوضعى الفرنسى كان قد استلزم ضرورة توافر العناصر التى اقتضتها المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لصحة الإتفاق على التحكيم . ألا وهى : أن ينصب على نزاع معين ، وقائما فعلا بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، وليس نزاعا محتملا الوقوع فى المستقبل ، وأن تتم تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأشخاصهم فى الإتفاق على التحكيم . ونظرا لأن شرط التحكيم ينشئ التزاما بعمل على عاتق أطرافه ، فإنه لايمكن إجبار المتعاقد على تنفيذ ماالتزم به ، واختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم مستقبلا - وعند نشأته بين أطراف شرط التحكيم - عملا بنص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، وإن كان هناك من رد على ذلك بأن هذا الإلتزام يمكن إحترامه ، وتنفيذه عن طريق اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم عن طريق القضاء العام فى الدولة [١] .

فبعد أن كان القضاء الفرنسى قد استقر على جواز شرط التحكيم حتى أوائل القرن التاسع عشر [٢] ، [٣] مستندا فى ذلك لمبدأ حرية الإتفاقات ، واعتبار

---

(١) أنظر :

ROBERT (J .) : Traite de l'arbitrage . ed . 1967 . N . 36 et s .

(٢) أنظر :

M . ROTHE : La clause compromissoire . p . 11 et s ; Repertoire De Droit civil . N. 184 ; Juris – classeur . procedure civile . Arbitrage . Fasc . 1010 . 9 . 1984 . N. 24 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N. 11 . p. 22 .

المادة (١٠١٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة تطبيقا لهذا المبدأ عاد وعدل عن موقفه هذا إلى بطلان شرط التحكيم ، ورفض الإعتراف بصحته ، جريا وراء المبدأ الذى قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكم شهير لها ، والصادر فى (١٠) يوليو سنة ١٨٤٣ (١) ، على أساس أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة قد استلزمت تحديد موضع النزاع ، وأسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه فى مشارطة التحكيم ، وإلا وقعت باطلة ، ولايمكن - **فى رأى القضاء الفرنسى** - تحديد موضوع النزاع فى شرط التحكيم ، لتعلقه بما قد ينشأ مستقبلا بين الأطراف المتعاقدة من منازعات ، سواء تعلقت بتفسير العقد المبرم بين أطرافه - **مصدر الرابطة القانونية** - أم تنفيذه .

فضلا عن أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يعد استثناء من القواعد العامة ، لأنه يتضمن مخالفة لقواعد آمرة ، وهى قواعد الولاية والإختصاص القضائى فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، والتى لاتجوز مخالفتها أصلا ، إلا إذا أجاز ذلك صراة القانون الوضعى الفرنسى . ولهذا

والنظر أيضا :

Cass . civ . 3 Aout . 1836 . 1 . 437 ; Lyon . 25 Mars . 1840 . S . 1841 . 2 . 342 ; Colmar . 24 Aout . 1835 . S . 1863 . . 246 ; Nancy . 2 Juin . 1842 . S . 2 . 303 ; Agens . 1 er Juin . 1843 . S . 1843 . 2 . 398 .

(٢) وقدساير القضاء الفرنسى القضاء البلجيكى فى إجازة شرط التحكيم ، وفى اعتبار أن المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لاتمثل عقبة أمام شرعية شرط التحكيم ، باعتباره وعدا بالإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، لاينطبق حكم المادة المذكورة . من هذا القضاء البلجيكى ، أنظر
Bruxelles , 11 Fev . 1833 ; Cass Belge . 8 Juin . 1849 ; Cass Belge . 4 Dec . 1879 . cites par : BERNARD , op . cit . , N . 155 . p . 91 ; Cass . Belge . 17 Fev . 1888 . D . P . 1889 . 2 . 168 .

(١) أنظر :
Cass . civ . 10 Juillet . 1843 . 1 . 343 . S . 1843 . 1 . 651 . Note : DEVILLENEUVE .

كان من الواجب عدم التوسع فى تفسير هذا الإستثناء ، والوقـوف بـه عنـد الحالة التى حددتها المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة بالإضافة إلى أن شرط التحكيم لايخلوا من الإعتساف . وبصفة خاصة ، فـى العقود التى لايتكافأ فيها الطرفان المتعاقدان - كعقود الإذعـان **contrats d'adhesion** ، حيث يصبح شرط التحكيم شديد الخطر ، متـى اسـتطاع الطرف القوى فرضه على الطرف الضعيف ، عند إبرام العقود ، واحتمـال قسوة الطرف القوى ، والتى قد تصل إلى حد منع الطـرف الضعيـف مـن الطعن فى حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم ، فـى الـنزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم [١] .

واستمر هذا الرأى سائدا فى القضاء الفرنسى لمدة طويلة ، سواء لـدى محكمة النقض الفرنسية [٢] ، أو لدى المحاكم الأخـرى الفرنسـية ، والتـى سلكت نفس المسلك [٣] .

---

(١) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature juridique . N . 18 . P . 19 – 20 . N. 84 . P . 66 ; **MOTULSKY (H .)** : La respecte de la clanse compromissoire . Rev . Arb . 1955 . P . 13 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , P . 21 , 28 , 44 , 129 , 148 , 201 ; **PERROT ROGER** : Institutions judiciaires . 1983 . Montchrestien . Paris . N. 55 .

(٢) أنظر :

Cass . civ , 2 Dec 1844 . S . 1845 , 1 , 79 ; Req . 20 Nov . 1854 , D . P . 1s855 , 1 , 233 ; Cass . req , 15 Juill , 1879 , 1 , 364 ; Cass . req , 22 Mars , 1880 , S , 1 181 , 1 , 10 ; Cass . req , 28 Juin , 1889 , 1 , 331 ; Cass . civ , 26 Juill , 1893 , S , 1894 , 1 , 215 ; Cass . req , 8 Dec . 1914 ; Cass . req . 20 Avr , 1931 , S , 1931 , 245 .

(٣) أنظر :

Paris , 5 Juill , 1894 , S , 1896 , 2 , 210 ; Lyon , 5 Janv . 1906 , D. P . 1906 , 5 . 57 ; Rennes , 5 Nov . 1912 , D. P . 1913 , 2 , 127 ; Rennes , 27 Oct . 1933 . S . 1934 , 2 , 71 ; Aix . 13 Oct . 1949 . Gaz . Pal . 1949 , 2 , table , voire arbitrage , N. 1 , P . 13 .

إنتقاد مسلك القضاء الفرنسى القائل ببطلان شرط التحكيم فى ضوء نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

إنتقد جانب من فقه القانون الوضعي الفرنسى مسلك القضاء الفرنسى القائل ببطلان شرط التحكيم ، فى ضوء نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، استنادا إلى أن شرط التحكيم لايعد اتفاقا على التحكيم ، حتى يجب أن يكون موضوعه محددا ، وإنما يعتبر وعدا بالتحكيم يلتزم أطرافه بإبرام مشارطة تحكيم ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم بينهم فى المستقبل ، بمناسبة تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى المبرم بينهم - **مصدر الرابطة القانونية ، الذى تضمن شرط التحكيم .**

فضلا عن أنه - **وبعد الحرب العالمية الأولى** - قد شاع شرط التحكيم فى المعاملات التجارية . خاصة ، ماكان منها ذا صفة دولية ، وتأذى التجار الفرنسيون من الحكم الذى يقضى ببطلان شرط التحكيم ، فى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، حيث شعروا أنهم فى مركز أدنى من مركز التجار الأجانب الذين يتعاقدون معهم [١] .

---

(١) أنظر :

GLASSON , TISSIER et MOREL : Traite theorique et pratique de procedure civile et commercial . 3e ed . 1859 . N . 11 ; WHAL : La clause compromissoire en matiere commercial . J . C . P. 1927 . ed . G . I . P . 3 . N .16 ; J . P . PALEWSKI : L'arbitrage en matiere commercial et la jurisprudence de la cour de cassation . clunet . 1933 . P . 845 ; BERNARD (A .) : L'arbitrage volontaire en droit prive Belge et Francais . Bruxelles . 1937 . N . 154 ; R . MOREL : Traite elementaire de procedure civile . 2e ed . Sirey . 1949 . N. 718 . P. 547 ; la clause compromissoire en matiere commercial . Rev . crit . de . legis et de la Juris . 1926 . P . 487 ; G . HAMONI : L'arbitrage en droit commercial . L .G . D . J . Paris . 1950 . P. 10 ; ROBERT (J .) : Arbitrage civile et commercial . 1967 . Dalloz . 4e ed . P . 22 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., P . 17 et s .

إذ لما كانت معظم التشريعات الأجنبية تجيز أن يدرج الأفراد ، والجماعات شروطا للتحكيم ، للفصل فى منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية والذى يتضمن شرط التحكيم** - عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **بعكس المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** - فإن التجار الأجانب استطاعوا أن يفرضوا على التجار الفرنسيين شروطا للتحكيم . والتى بموجبها ، تخضع المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقود المبرمة معهم لنظام التحكيم خارج فرنسا ، دون أن يستطيع التجار الفرنسيون فرض أسلوب المعاملة بالمثل ، لبطلان شرط التحكيم فى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

ولقد قررت أحكام القضاء الفرنسى أن بطلان شرط التحكيم - **وعلى ضوء المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** - هو بطلانا نسبيا لايتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعي الفرنسى ، أى أن القاضى الفرنسى لايستطيع أن يحكم به من تلقاء نفسه . ويصحح هذا البطلان قيام الأطراف المحتكمون " **أطراف شرط التحكيم عندئذ** " بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع وضوع شرط التحكيم ، بالإتفاق فيما بينهم [1] . كما يزول هذا البطلان إذا تم تنفيذ هذا شرط التحكيم اختيارا ، أو تم قبوله بعد قيام النزاع موضوع شرط التحكيم [1] .

وانظر أيضا : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ٨١ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٧٣ ومايليه ص ٦٩ ومابعدها .

(١) أنظر :

Cass . civ . 26 Juillet , 1893 , D. P . 1894 . 1 – 61 . S . 1894 . 1 . 215 ; Req . 21 Juin . 1904 . D. P . 1906 . 1 . 395 . S . 1906 . 1 . 22 ; Req . 8 Decembre . 1914 , D. P . 1916 . 1 . 194 ; Req . 8 Janv . 1924 . S . 1924 . 1 . 315 ; Req . 20Avr . 1931 . S . 1931 . 1 . 245 . J . C . P . 1947 . IV . 127 .

إعتراف فرنسا بمشروعية شرط التحكيم فى منازعـــات التجـــارة الدولية ، بتوقيعها على اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٣ :

بعد الحرب العالمية الأولى - **وعلى أثر ازدهار المعـــاملات التجاريـــة الدولية** - إعترفت فرنسا بمشروعية شرط التحكيم فى منازعـــات التجـــارة الدولية ، بتوقيعها على اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٣ - **والتـــى أجـــازت شـــرط التحكيم فى المعاملات الدولية** [١] .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم بطلان شرط التحكيـــم ، إذا كـــانت العلاقة محل النزاع موضوع شرط التحكيم دولية ، وخاضعة لقانون وضعـــى أجنبى ، معتبرة بذلك أن البطلان الناشئ عن مخالفة نص المـــادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ليس من النظام العام الدولى [٢] .

إجازة شرط التحكيم فى منازعات التجـــارة الوطنيـــة بفرنســـا ، بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فـــى (٣١) ديســـمبر سنة ١٩٢٥ :

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيـــارى ، والإجبـــارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٤ - الهامش رقم (٣) .

(١) أنظر :

Cass . com . 13 Nov . 1972 . Rev . Arb . 1973 . 130 . Note : FOUCHARD ; Cass . civ . 10 Octobre . 1978 . Rev . Arb . 1979 . 352 . Note : B . M . J . C . P . 1980 . 11 . 19390 . Note : GALLE ; Paris . 15 Maris . 1979 . Rev . Arb . 1979 . 501 . Note : COURTEAULD .

(٢) أنظر :

Cass . req . 21 Juin . 1904 . precite ; Cass . req . 8 Dec . 1914 . precite ; Cass . civ . 4 Janv . 1931 . D . P. 1920 . 1 . 53 .

في تطور لاحق ، لاحظ المشرع الوضعي الفرنسي الأهمية العملية لشرط التحكيم في معاملات التجارة الوطنية ، من خلال ماجرى عليه القضاء التجاري الفرنسي من تدعيم وشائج أحكامه الوطنية ، بالقواعد الخاصة بأحكام التحكيم الصادرة في منازعات التجارة الدولية ، والمسبوقة بشرط التحكيم ، وأراد المشرع الوضعي الفرنسي إختصار الطريق أمام التجار الفرنسيين ، فأجاز لهم شرط التحكيم ، والذي يمهد لهم الإلتجاء إلى التحكيم مباشرة ، في منازعات التجارة الوطنية بفرنسا ، دون حاجة للعروج على ساحات المحاكم التجارية ، بالقانون الوضعي الفرنسي الصادر في (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذي أضاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية :

" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " ، وهذه المنازعات هي :

(١) - **المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار .**

(٢) - **المنازعات التي تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية .**

(٣) - **المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين الأفراد** [١] .

---

(١) أنظر :

CEZAR - BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre 1925. lois nouvelles. P. 181et s; **JEAN ROBERT** : Arbitrage civil et commercial en droit interne et international prive. 4e ed. 1967. Dalloz. N. 101 et s. P. 133 et s; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op. cit., N. 42. P. 73 et s; Repertoire de Droit civile. 2e ed. T. 111. 1987. N. 73 et s.

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٦ ومايليه ص ١٦٩ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٨ ومايليه ص ٥٥٩ ومابعدها .

فهذا التشريع الوضعي الفرنسي الخاص - والذى صدر فى فرنسا فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ - قد قرر للمرة الأولى صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية . ونتيجة لذلك ، فقد ظهرت مع الفقرة المضافة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية إمكانية الإعتراف بشرط التحكيم . والذى مؤداه ، الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نزاع مستقبلى دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بأسمائهم سلفا - كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

دراسة منازعات التجارة الوطنية التى أجاز فيها القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نزاع مستقبلى ، دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بأسمائهم سلفا - كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

منازعات التجارة الوطنية التى أجاز فيها القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ الإلتجاء إلى تحكيم داخل فرنسا ، فى صدد نزاع مستقبلى ، دون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم بأسمائهم سلفا - كما تتطلب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة هى :

أولا - المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار [١] :

---

(١) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . P. 9 et s ; Repertoire de Droit civil . 2e ed . T. 111 . 1987 . N . 78 et s ; Rep . de .

يقصد بالمنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار :

المنازعات المتعلقة بالحياة التجارية للتجار ، وهو مايلزم أن يكون النزاع بين تاجرين ، وأن يكون متعلقا بأعمال تجارية أصلية ، أو أعمال تجارية بالتبعية الشخصية . بمعنى ، أنه يلزم لصحة شرط التحكيم أن يكون العقد مبرما بين تاجرين ، ومتعلقا بحياتهما التجارية . فإذا كان أحد الأطراف شخصا مدنيا ، والآخر تاجرا ، فإن شرط التحكيم المدرج فى العقد لايكون صحيحا . **والمثال النموذجى لذلك هو** : عقد النشر المبرم بين دار للنشر والمؤلف . وكذلك ، عمليات البورصة المنفذة بواسطة غير التجار (١) .

ثانيا :

المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية (٢) :

---

dr . comm . clause compromissoire . compromis . T . 1 . 1988 . N . 78 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N . 49 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٦ ص ١٦٩ ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٧٨ ص ٥٥٩ ، ٥٦٠ .

(١) أنظر :

HERVE – CHASSERY : La clause compromissoire en Droit interne . P . 87 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . P. 96 et s ; Rep . de . comm . Arbitrage commerciale . T. 111 . 1988 . N . 44 et s ; Rep . de . dr . proc . civ . Arbitrage , Droit interne . T . 1 . 1988 . N . 107 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . N. 49 et s .

(٢) أنظر :

HAMEL (G .) et LAGARD (G .) : Traite elementaire de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 . P . 522 et s ; HAMONIC : L'arbitrage en Droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 . P . 17 et s ; ROBERT (J .) : Arbitrage civile et commercial . 5e ed . 1983 . N. 101 .

يقصد بالشركة التجارية فى هذا الشأن :

ليس فقط الشركة التجارية بحسب موضوعها **selon son objet** وإنما يقصد بها أيضا الشركة التجارية بحسب شكلها **selon sa forme** والتى كان يعبر عنها قديما فى فرنسا بشركة التجارة **societe de commerce** . ويصح شرط التحكيم الوارد فى عقد شركة التجارية ، أو فى نظامها الأساسى ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بين الشوكاء أو المساهمين . ومتى ورد شرط التحكيم فى عقد الشركة ذاته ، أو فى نظامها الأساسى ، فلا يخضع له الشركاء ، أو المساهمون الأوائل الذين وقعوا على عقد الشركة ، أو صادقوا على نظامها فحسب ، بل يخضع له أيضا الشركاء ، أو المساهمون الذين انضموا إلى الشركة أثناء حياتها ، عن طريق شراء الحصص ، والأسهم ، أو الإكتتاب فى زيادة رأس مال الشركة [1] .

ويقصد بالمنازعات بين الشركاء ، أو المساهمون فى هذا الشأن :

جميع المنازعات التى تنشأ عن عقد الشركة ، سواء تعلقت بالعقد ذاته أم بتنفيذه ، أم تعلقت بنزاع يقتضى مباشرة دعوى الشركة قبل الشركاء ، أو دعوى الشركاء ضد الشركة . وكذا ، المنازعات المتعلقة ببطلان الشركة ، أو بطلان مداولات جمعيتها العامة ، أو المتعلقة بمسئولية المديرين ، وأعضاء مجلس الإدارة ، أو بمطالبة الشركاء ، أو المساهمين بأداء

P . 134 ; Rep . de . dr . civ . 2e ed , T . 1 . 1977 . N. 26 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , ed . 1990 . P. 64 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٠ (ب) ص ١٧٥ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٧٩ص ٥٦١ ومابعدها .

(١) أنظر :

HAMONIC : op . cit . , P. 17 et s ; CHASSERY : De la clause compromissoire . P. 83 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit . , P. 91 et s .

الحصص التى تعهدوا بتقديمها للشركة ، أو برد ماحصلوا عليه مـــن أربـــاح صورية [١] .

وقد ثار التساؤل بشأن مدى إمكانية تطبيق شرط التحكيـم فيمــا يتعلــق بالمنازعات التى تقتضى مباشرة الدعـــاوى القضائيـــة الفرديـــة actions ndividuelles عن طريق المساهمين ؟ .

اتجهت أحكام القضاء الفرنسى - **وفى مجموعها** - إلى اعتبار بعض هـــذه الدعاوى القضائية متعلقة بالنظام العام فـــى القـــانون الوضعـــى الفرنســـى d'ordre public - **كدعـــوى حـــل الشـــركة مثـــلا** action en disolution - وهو مايقتضى مباشرتها أمام المحكمة المختصـــة أصـــلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها [٢] .

بينما رأى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنســـــى [٣] أن اتجـــاه أحكـــام القضاء الفرنسى المذكور يمكن التسليم به إذا لم يتضمن نظام الشركة شـــرطا للتحكيم . أما إذا تضمنه ، فإنه لايوجد مبرر لإغفاله ، إذ لايعـــدم المســـاهم

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., ed . 1990 . N . 45 et s .

(٢) أنظر :

MOREL (R .) : La clause compromissoire . L G. D . J . Paris . N . 37 et s ; Rep . de . dr . comm . Arbitrage . 1972 . N . 25 ; ROBERT (J .) : Arbitrage civil et commercial . ed . 1983 . N. 117 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N. 48 .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٠ ص ١٧٥ .

(٣) أنظر :

LEVEL : Juris – Classeur . procedure . fasc . 170 . cah ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., N . 49 .

وسيلة مباشرة حقوقه فى الشركة ، وهو يجد هذه الوسيلة ، حيث يوجد شرط التحكيم .

كما ثار التساؤل عما إذا كان يجوز إدراج شرط التحكيم فى عقد الشركة ، أو فى نظامها الأساسى أثناء حياتها ؟ .

أجيب على ذلك من جانب فقه القانون الوضعى الفرنسى بالإيجاب ، شريطة مراعاة الإجراءات ، والقواعد المتعلقة بتعديل عقد الشركة ، أو نظامها الأساسى [1] .

ثالثا :

المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين جميع الأشخاص [2] :

نظر المشرع الوضعى الفرنسى نظرة موضوعية خالصة عند تقريره لصحة شرط التحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين جميع الأشخاص ، حيث استلزم لصحة شرط التحكيم بين غير التجار أن يكون موضوع العقد تجاريا خالصا **exclusivement commerciale** . فشرط التحكيم يكون جائزا عندئذ ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بالأعمال ذات الطابع التجارى **a caractere commerciale** ، بغض النظر عن صفة القائمين بها ، أى سواء كان المباشرون لتلك الأعمال تجارا ، أم غير

---

(1) أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٥/ب ص ١٧ .

(٢) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire. P. 96 et s ; Rep . de . dr . civ . 2e ed . T. 111 . 1987 . N. 78 et s ; Rep . de . dr . comm . clause compromissoire . compromis . T. 1 . 1988 . N . 78 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٨ ، ١٩ ص ١٧١ ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨٠ص ٥٦٤ ومابعدها .

تجار . ففى الفرض الأخير ، يصح شرط التحكيم متى ورد فى عقد معين بين شخصين غير تاجرين ، متى كان موضوع ذلك العقد **objet de contrat** عملا تجاريا **une acte commercialc** بالنسبة لهما فى آن واحد [1] .

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه لايجوز إدراج شرط التحكيم فى عقد معين بين تاجر ، وغير تاجر – **كعقد العمل الفردى الذى يبرم بين رب العمل التاجر والعامل** – حيث يعتبر تجاريا بالنسبة للأول ، ومدنيا بالنسبة للثانى . كما يبطل شرط التحكيم متى ورد فى عقد بين شخصين غير تاجرين ، وكان موضوع العقد تجاريا بالنسبة لأحدهما ، ومدنيا بالنسبة للآخر – **كعقد بيع المحصولات الزراعية الذى يقع بين المزارع ، وشخص آخر غير تاجر إشتراها بغرض البيع ، وشراء غير التاجر لبضاعة بغرض إعادة البيع ، وإبرامه لعقد بالنسبة لكل منهما** [2] .

لم تنص الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** – على الأعمال التجارية بالتبعية ، وإنما استنبطها فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن من الفرض الذى يسعى إليه التاجر من خلال مباشرته لأعمال تعد فى طبيعتها مدنية ، ولكنه يستهدف من ورائها أعمال تجارته .

---

(١) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit ., P. 87 et s .

وانظر أيضا :

Rep . de . dr . civ . T . 11 . 2e ed . 1977 . N . 195 et s ; Rep . de . dr . comm . T. 1 . N . 81 et s ; Rep . de . proc . civ . Arbitrage . Droit interne . T. 1 . 1988 . N . 195 et s .

(٢) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : op . cit ., P. 96 et s ; Rep . de . dr . comm . clause compromissoire . compromis . T. 1988 . N. 78 ets .

وانظر كذلك الأمثلة العملية لهذا الفرض ، والمشار إليها فى : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٠ ص ١٧٦ .

لذا ، فقد استقر فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن على أن تـأخذ فى حكمها الأحكام الواردة فى القانون التجارى ، لتبعيتها للعمـل التجـارى الأصلى ، استنادا إلى قاعدة " **الفرع يتبع الأصل** " [1] .

ويشترط لاعتبار هذه الأعمال المدنية أعمالا تجارية بالتبعية مايلى :

الشرط الأول :

أن يباشر هذه الأعمال تاجرا :

فإذا لم يكن تاجرا ، فإن هذه الأعمال لاتعد تجارية ، بل تظـل أعمـالا مدنية .

والشرط الثانى :

أن يباشر التاجر هذه الأعمال بمناسبة ، وبسبب أعمال تجارته :

أما إذا كانت هذه الأعمال منقطعة الصلة بتجارته ، فإنها تظل مدنيـة . فإذا اشترى تاجر سيارة لاستخدامه الشخصى ، إعتبر هذا الشراء عملا مدنيـا . كذلك ، إذا اشترى أساسا لتأثيث منزله ، ظل العمل مدنيا .

أما إذا اشترى التاجر سيارة – **وهذا التصرف يعد فى جوهـره مـن قبيـل الأعمال المدنية** – وكان غرضه من شراء هذه السيارة هو استخدامها لنقـل البضائع الخاصة بتجارته ، فإن الشراء يعتبر من قبيـل الأعمـال التجاريـة بالتبعية للعمل التجارى . كذلك ، فإن شراء الأثاث يعد من قبيـل الأعمـال المدنية – **بحسب الأصل** . أما إذا تم الشراء بقصد استخدامه – **أى الأثـاث** – لاستقبال العملاء بالمحل التجارى للتاجر ، فإن الشراء ينقلـب إلـى عمـل تجارى بالتبعية .

ومن المسلم به فى فرنسا أن شرط التحكيم ، وكما يجوز بين التجار فـى الأعمال التجارية الأصلية **Les actes principaux** ، فإنه يجوز أيضـا

---

[1] أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٠ ص ١٧٦ .

ومن المسلم به فى فرنسا أن شرط التحكيم ، وكما يجوز بين التجار فى الأعمال التجارية الأصلية **Les actes principaux** ، فإنه يجوز أيضا فى الأعمال التجارية بالتبعية **Les actes accessoires** .

ويلزم للقول بمشروعية شرط التحكيم فى فرنسا للفصل فى المنازعات الناشئة عن الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية أن يكون العقد الذى تضمن هذا الشرط تجاريا بالنسبة لطرفيه معا ، وهو مايحصل فى عقد البيع الذى يقع بين تاجر أثاث ، وتاجر آخر يشتريه لتأثيث محله التجارى . ففى مثل هذا الفرض ، يعتبر العمل تجاريا أصليا بالنسبة للبائع ، وتجاريا بالتبعية الشخصية بالنسبة للمشترى ، ولاشك فى صحة شرط التحكيم عند وروده بهذا العقد ، أو مايشابهه [1] .

وإذا كان شرط التحكيم وكما يكون صحيحا عندما يدرج فى العقود لتسوية المنازعات التجارية - سواء كانت متعلقة بأعمال تجارية أصلية ، أو بأعمال تجارية بالتبعية الشخصية ، أى بالنظر إلى الأشخاص الذين يبرمون مثل هذا النوع من العقود [2] - فهل يجوز القول فى فرنسا بصحة شرط التحكيم ، متى كان موضوع العقد الذى ورد فيه تجاريا بالتبعية الموضوعية ؟ .

---

(١) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - ص ١١٦ ومابعدها ، محمد توفيق سعودى - القانون التجارى - الجزء الأول - ١٩٩٣ - ص ٣٦ ومابعدها .

(٢) فى بيان تطبيقات عديدة لإدراج شرط التحكيم فى عقد من العقود التجارية بالتبعية الشخصية ، أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N. 49 .

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٨ ص ١٧١ .

الأخذ بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية يؤدى إلى توسيع نطـــاق القانون التجارى ، لأنها لاتعتمد على صفة القائم بالعمل ، وإنما تقـــوم علـــى طبيعة العمل ذاته . فيعتبر العمل المدنى تجاريا ، متى كـــان لازمـــا لعمـــل تجارى بطبيعته ، ولو كان القائم به غير تاجر [1] . ومثال ذلك ، حالة شـــراء غير التاجر لبضاعة بغرض إعادة البيع ، وإبرامه لعقد نقل هذه البضاعة إلـــى السوق ، حيث يعتبر عقد البيع تجاريا بالنسبة للمشترى غير التـــاجر ، كمـــا يعتبر عقد النقل عملا تجاريا بالتبعية الموضوعية بالنسبة له كذلك .

وبالرغم من أن لنظرية الأعمال التجارية بالتبعيـــة الموضوعيـــة مـــن يؤيدها فى فرنسا [2] ، إلا أن جانبا من فقه القانون الوضعى الفرنسى قد ذهب إلى عدم جواز الأخذ بها فى نطاق شرط التحكيم ، حيث يتعارض ذلك مـــع ضرورة تفسير نص المادة (٣/٦٣١) من المجموعة التجاريـــة الفرنسـية تفسيرا ضيقا ، وهى تتحدث عن المنازعات المتعلقة بعقود التجار .

ونتيجة لذلك ، فإن شرط التحكيم الذى يرد فى عقد النقل فى المثـــال المتقـــدم ذكره يعتبر باطلا ، لأن الشاحن غير تاجر . فإذا اشترى غير التاجر بضاعـــة لأجل البيع من شخص آخر غير تاجر ، كان قد اشتراها لأجل البيـــع أيضـــا فإن العقد يكون تجاريا بالنسبة لهما معا . ومن ثم ، يصـــح شـــرط التحكيـــم الوارد فى هذا العقد .

أما إذا قام المشترى بنقل البضاعة إلى السوق ، فإن شرط التحكيم الذى يـــرد بعقد النقل يقع باطلا ، لأن العقد يعتبر تجاريا بالنسبة للناقل ، ومدنيا بالنســـبة

---

(١) أنظر :

LEON – CAEN (C . H) et RENAULT : Traite de droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1921 . P . 20 et s .

(٢) أنظر :

LEON – CAEN RENAULT : op . cit . , p . 201 ; THALLER (E .) : Traite elementaire de droit commercial . 5e ed . 1916 . Paris . P. 58 .

أما إذا قام المشترى بنقل البضاعة إلى السوق ، فإن شرط التحكيم الذى يرد بعقد النقل يقع باطلا ، لأن العقد يعتبر تجاريا بالنسبة للناقل ، ومدنيا بالنسبة للشاحن (١) .

وهذا هو الحل الذى نعتقد أنه يتفق مع ضرورة التفسير الضيق لنص المادة (٣/٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية ، حيث استوجبت أن يكون موضوع العقد تجاريا محضا ، باعتباره نصا قانونيا وضعيا خاصا يجيز شرط التحكيم - **كأصل عام** - فى المواد التجارية فى فرنسا (٢) .

وهناك أعمالا تجارية بالتبعية الشخصية . ومع ذلك ، يبطل بشأنها شرط التحكيم ، وهى الأعمال الناشئة عن أشباه العقود **quasi contrats** - **كالفضالة ، ودفع غير المستحق ، والإثراء بلا سبب** . وكذلك ، الأعمال الضارة ، متى كانت هذه الأعمال ، أو تلك متعلقة بحرفة تجارية ، ويبطل شرط التحكيم بشأن هذه الأعمال ، لأن المشرع الوضعى الفرنسى قد قيد مشروعية شرط التحكيم بالإتفاق عليه عند التعاقد ، حيث نصت الفقرة المضافة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية على أنه يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد **ou moment ou elles contractent** وهو مايفترض تعلق النزاع بالعقود ، وليس بأشباه العقود ، أو بالأفعال الضارة (٣) ، وهذا يتفق مع ضرورة التفسير الضيق لمشروعية شرط التحكيم

---

(١) أنظر : **حسنى المصرى** - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٩/أ ص ١٧٢ .

(٢) أنظر : **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٠/ثالثا ص ٥٦٨ .

(٣) أنظر : **حسنى المصرى** - القانون التجارى - الكتاب الأول - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ١٤٢ ومابعدها ، شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٨ ، ١٩ ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

وللنصوص القانونية الوضعية الفرنسية المقررة لصحة شرط التحكيم في فرنسا .

وفيما يتعلق بنطاق تطبيق شرط التحكيم فى فرنسا بشأن السند الإذنى Bille a ordre ، والمحل التجارى fonds de commerce ، فإنه يمكن ملاحظة مايلى :

(١) :

بالنسبة للسند الإذنى الذى يتضمن شرط الإلتجاء للتحكيم :

فإنه لاتثور صعوبة فى القانون الوضعى الفرنسى حول إعمال هذا الشرط ، والإعتراف بمشروعيته ، متى كان جميع الموقعين عليه تجارا فيجوز لأى منهم الدفع بوجود شرط التحكيم ، إذا أقام أحدهم النزاع الناشئ عنه أمام المحكمة التجارية المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه إذ الفرض أن جميع الموقعين عليه تجارا . ومن ثم ، يعتبر السند الإذنى عملا تجاريا بالنسبة لهم جميعا ، ويكون النزاع المذكور من بين المنازعات المنصوص عليها فى الفقرة المضافة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية .

(٢) :

بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمحل التجارى فى فرنسا :

فإن القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (١٧) مارس سنة ١٩٠٩ بشأن بيع المحال التجارية ، ورهنها قد تضمن قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، لايجوز الإتفاق على مخالفتها . ولما كان ذلك ، وكان شرط التحكيم لايجوز فى القانون الوضعى الفرنسى إلا إذا تعلق بالحقوق التى يتمتع فيها الأفراد ، والجماعات بحرية التصرف ، أو التصالح عليها ، فإنه لايصح شرط التحكيم الذى يرد فى عقد بيع المحال

التجارية ، أورهنها ، متى كان الغرض من هذا الشرط هو استبعاد هذا العقد أو ذاك من نطاق القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (١٧) مارس سنة ١٩٠٩ بشأن بيع المحال التجارية ، ورهنها

والحلول المتقدمة التى تقررت فى فرنسا بشأن صحة شرط التحكيم الوارد فى عقد بيع المحال التجارية ، ورهنها يمكن الأخذ بها فى مصر .
أما الحل المقرر بشأن شرط التحكيم الوارد فى السند الإذنى ، فلا يصلح الأخذ بها فى مصر ، حيث لايفرق القانون الوضعى المصرى بين صحة شرط التحكيم فى المنازعات المدنية ، وصحته فى المنازعات التجارية ، إذ يجوز هذا الشرط بالنسبة لهما معا [1] .

القانون الوضعى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية -والذى قرر بموجبها للمرة الأولى فى فرنسا صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية :

" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " يكون ورغم انتقاد فقه القانون الوضعى الفرنسى لمسلك القضاء الفرنسى فى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم قد أكد مسلك القضاء الفرنسى فى هذا الشأن :

المشرع الوضعى الفرنسى ، ومن خلال القانون الوضعى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ ، والذى أضاف الفقرة التالية للمادة (٦٣١)

---

[1] أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨٠/ثالثا ص ٥٧٩ ، ٥٨٠ .

من المجموعة التجارية الفرنسية - **والذى قرر بموجبها للمرة الأولى فى فرنسا صحة شرط التحكيم فى المواد التجارية :**

" يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق " يكون - **ورغم انتقاد فقه القانون الوضعى الفرنسى لمسلك القضاء الفرنسى فى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم** - قد أكد مسلك القضاء الفرنسى فى هذا الشأن ، لأنه إذا لم يكن شرط التحكيم باطلا فى الأصل ، لما كان هناك حاجة لإصدار تشريع وضعى فرنسى خاص ينص على صحة شرط التحكيم وجوازه بالنسبة للمسائل التجارية .

كما أن المشرع الوضعى الفرنسى قد عاد وأكد ماستقر عليه القضاء الفرنسى - **قطعا للخلاف حول بطلان شرط التحكيم** - بمقتضى المادة (٢٠٦١) من المجموعة المدنية الفرنسية - **والمضافة بموجب القانون الوضعى الفرنسى رقم (٧٢ - ٦٢٦) ، والصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٢** - والتى تنص على أنه :

" بطلان شرط التحكيم إلا فى الحالات المنصوص عليها قانونا " .

التدخل التشريعى بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى فرنسا كان مسبوقا بموقف قضائى يناقض نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

لأن بطلان شرط التحكيم فى ظل مسلك القضاء الفرنسى فى الإستقرار على بطلان شرط التحكيم كان بطلانا نسبيا غير متعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، ولاتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ، وإنما لابد أن يكون بناء على طلب ، يكون مقدما من أحد الأطراف المحتكمين **" أطراف**

الإتفاق على التحكيم " ، ذوى المصلحة فى طلب البطلان [1] ، فإن الأطراف الفرنسيين كانوا يستطيعون أن يبرموا عقودا – سواء فى خارج فرنسا ، أو فى داخلها " عقود التجارة الدولية " – ويدرجوا فيها شروطا للتحكيم للفصل فى المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير هذه العقود ، أو تنفيذها ، والتى تحيل إلى قانون وضعى أجنبى يعترف بمشروعية شرط التحكيم .

بمعنى ، أن التدخل التشريعى بمقتضى القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى فرنسا كان مسبوقا بموقف قضائى يناقض نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة – والتى كانت تقضى ببطلان شرط التحكيم – حيث اتجهت المحاكم التجارية فى فرنسا إلى استبعاد تطبيق نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة على عقود التجارة الدولية المبرمة فى فرنسا ، متى كانت هذه العقود قد تضمنت الإحالة إلى قانون وضعى أجنبى ، يعترف بمشروعية شرط التحكيم [2] .

إجازة شرط التحكيم الوارد فى عقد التأمين البحرى ، فى ظل التيار القضائى الذى كان قد تبنى بطلان شرط التحكيم فى فرنسا :

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . P. 22 et s .

(٢) أنظر :

Repertoire de droit commercial . N . 55 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART: op . cit . , P. 574 et s .

كانت المادة (٢٣٢) من المجموعة التجارية الفرنسية تنص على صحة شرط التحكيم الوارد فى عقد التأمين البحرى [1] ، فى ظل التيار القضائى الفرنسى الذى كان قد تبنى بطلان شرط التحكيم ، وعدم الإعتراف بصحته فى فرنسا ، جريا وراء المبدأ الذى قررته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الشهير ، والذى أصدرته فى (٣٠) يوليو سنة ١٨٤٣ ، والذى كان قد أجاز فقط الإتفاق الذى يبرمه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بعد نشأة النزاع ، بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيه ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** .

إجازة المشرع الوضعى الفرنسى شرط التحكيم فى بعض المنازعات المدنية :

أجاز المشرع الوضعى الفرنسى شرط التحكيم فى بعض المنازعات المدنية - **كعقود العمل الجماعية** - حيث يجوز إدراج شرط التحكيم فى اتفاقات العمل الجماعية ، تحسبا لقيام أى نزاع عمالى جماعى . حيث نصت المادة (٥٢٥) من قانون العمل الفرنسى على أنه :

" **يجوز أن ينص اتفاق العمل الجماعى على إجراء تحكيمى تعاقدى وإعداد قائمة بالمحكمين بموجب اتفاق مشترك بين الأطراف** " .

وقد رأى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى أن شرط التحكيم يكون عندئذ غير ملزم للأطراف ذوى الشأن بالإلتجاء إلى التحكيم ، عندما يثور بينهم نزاعا عماليا جماعيا ، ولهم حرية الخضوع لهذا الشرط ، أو عدم الخضوع له ، والقول بعكس هذا ، معناه جعل التحكيم إجباريا بموجب الإتفاق . فإذا نشب نزاعا عماليا جماعيا بين الأطراف ذوى الشأن ، واختاروا الخضوع لشرط التحكيم ، فإن كل ماهنالك أنهما يصبحون ملزمين

---

(١) أنظر :

Dalloz – Nouveau Repertoire de droit . N . 71 et s .

باتباع الإجراء التحكيمى الإتفاقى ، حسب التسلسل المنصوص عليه فى شرط التحكيم ، ويكون عليهم اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، من القائمة التى سبق إعدادها من قبل فى الإتفاق المشترك [1] .

بينما رأى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى أن ورود شرط التحكيم فى اتفاق العمل الجماعى يجعل الإلتجاء إلى نظام التحكيم واجبا ، إذا ثار نزاعا ينص عليه شرط التحكيم [2] .

وقد أخذت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم بالرأى المتقدم ، حيث قررت أنه :

" **الأطراف ملزمين بإحالة منازعاتهم على نظام التحكيم الذى ورد النص عليه تعاقديا** " [3] ، وهذا هو الرأى الراجح فى فرنسا [4] . وتأسيسا على ذلك ، فإنه يجوز إنشاء إجراء تحكيمى إتفاقى ، مخالفا للتحكيم القانونى . حيث أجازت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم تعيين أشخاصا عديدين للقيام بمهمة التحكيم ، بموجب الإتفاق الجماعى ، فى حين أن القانون الوضعى الفرنسى - **وبخصوص التحكيم الإتفاقى** - يقضى بتعيين محكما

---

(1) أنظر :

BRUNETH – GALLARD : Les rapports collectifs du travail . T . 11 . 2e ed . 1978 . N . 1175 . P . 541.

(2) أنظر فى عرض هذا الرأى : الإشارة المتقدمة .

(3) أنظر :

C . sup . arb . 19 Janv . 1978 . Dr . soc . 1978 . P.222 . Conci . M. MORISOT .

(4) أنظر :

C . sup . arb . 8 Dec . 1971 . Dr . soc . 1972 . P . 454 . conci . FLECK .

الفرنسي - وبخصوص التحكيم الإتفاقي - يقضي بتعيين محكما واحدا [1] .

ومع ذلك ، فقد قررت المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم أن الأحكام المتعلقة بقرار التحكيم ، والطعن عليه لدى المحكمة العليا الفرنسية للتحكيم تظل خارج مجال النصوص التعاقدية ، وتبقى محكومة بالنصوص القانونية الوضعية الفرنسية فحسب [2] .

شرط التحكيم في العقود المختلطة [3] :

يتم العمل التجاري بوجه عام بين شخصين . وقد يعتبر العمل تجاريا بالنسبة لكل منهما ، وقد يعتبر مدنيا بالنسبة لهما معا . على أن العمل قد يكون تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه ، ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر ، كما لو اشترى تاجرا محصولا من مزارع ، أو باع التاجر سلعة للمستهلك . ففي

---

(١) أنظر :

A . BRUNET (H .) et GALLARD : op . cit . , P . 544 et s .

(٢) أنظر :

C . sup . arb . 28 Juin . 1973 . Dr . soc . 1974 . P . 532 . conci . M . MORISOT .

(٣) أنظر :

ROBERT (J .) : Arbitrage . ed . 1961 . P . 143 et s ; FOUCHARD (PH .) : La clause compromissoire dans le contrat mixte . Rev . arb . 1971 . 1 . P . 1 et s ; HERVE – CHASSERY : La clause compromissoire . P .90 et s ; Rep . de . dr . civ . N. 197 ets .

وانظر أيضا : محمد لبيب شنب – الأعمال التجارية المختلطة ، ونظامها القانوني – مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية – تصدرها كلية الحقوق – جامعة عين شمس – السنة السادسة – يوليو – سنة ١٩٦٤ – العدد الثاني – ص ٢٤٦ ومابعدها ، حسني المصري – شرط التحكيم التجاري – المقالة المشار إليها – بند ٧ ص ١٧١ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨١ ومايليه ص ٥٧٠ ومابعدها

مثل هذه الحالات ، وماشابهها ، تسمى هذه الأعمال ، ومايماثلــها بالأعمــال المختلطة [1] .

ولاتقتصر نظرية الأعمال المختلطة على العقود فحسب ، بل تمتد أيضا إلــى المسئولية الناشئة عن الأفعال الضارة . فالتاجر الذى ينقل بضاعته فى سـيارة وتتسبب السيارة فى إصابة شخص ، فإن مسئوليته عن أداء التعويض تعتــبر تجارية بالتبعية . أما بالنسبة للمصاب ، فإن المطالبة بالتعويض تعتبر مدنية

ويتعلق بموضوع الأعمال المختلطة مسألتين :

المسألة الأولى :

الإختصاص القضائى بنظر المنازعــات الناشــئة بمناســبة الأعمــال المختلطة .

والمسألة الثانية :

تعيين القانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة .

وفيما يتعلق بالإختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشئة بمناســبة الأعمال المختلطة :

فإنه يثبت بالنسبة للأعمال المختلطة للمحكمــة المدنيــة ، أو المحكمــة التجارية ، بحسب صفة العمل بالنسبة للمدعى عليه ، تطبيقا للقاعدة العامــة فى الإختصاص القضائى المحلى ، والتى تقضى بأن المدعى يجب أن يقيــم دعواه أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه . حيث تنــص المادة (١/٤٩) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" يكون الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليــه ، مالم ينص القانون على خلاف ذلك " [2] .

---

[1] فى دراسة النظام القانونى للأعمال المختلطة ، أنظر : محمد لبيب شنب - الأعمــال المختلطــة ، ونطاقها ، ونظامها القانونى - بند ١٥١ ومايليه ص ٢٨٩ ومابعدها .

وبناء على ذلك ، فإنه إذا كان العمل المختلط مدنيا بالنسبة للمدعى عليه وجب على المدعى أن يقيم دعواه القضائية أمام المحكمة المدنية - **باعتبارها المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه .**

أما إذا كان العمل المختلط تجاريا بالنسبة للمدعى عليه ، فقد استقر الرأى على أنه يجوز للمدعى أن يقيم دعواه القضائية أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة المدنية - **بحسب اختياره** - لأن القضاء التجارى يكون قضاء استثنائيا ، غير مألوف بالنسبة للطرف المدنى ، ويجب أن يترك له الحق فى أن يختار بين هذا القضاء ، والقضاء المدنى صاحب الولاية العامة ، والإختصاص القضائى بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا مااستثنى بنص قانونى وضعى خاص [1] .

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الأعمال المختلطة :

فإنه ينظر إلى طبيعة النزاع ، وليس إلى المحكمة المختصة بالفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها . بمعنى ، أن القانون المدنى يطبق على الجانب المدنى من العملية ، حتى ولو كان النزاع معروضا على المحكمة التجارية ، كما يطبق القانون التجارى على الجانب التجارى منها . وعلى ذلك ، إذا رفع التاجر دعواه القضائية على المزارع ، مدعيا أنه لم يتسلم المحصول ، فإن عليه أن يثبت هذا الإدعاء بالكتابة ، متى كانت قيمة المحصول تزيد على مائة جنيه " **المادة (١/٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨** " [2] ، لأن العملية بالنسبة للمزارع

---

(٢) أنظر : حسنى المصرى - القانون التجارى - بند ٣٦ ومايليه ص ١١٥ ومابعدها .

(١) أنظر : حسنى المصرى - الإشارة المتقدمة .

(٢) تنص المادة (١/٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ على أنه "

تكون من طبيعة مدنية . أما إذا كانت الدعوى القضائية مرفوعة من المزارع مدعيا فيها أنه قد قام بتسليم المحصول إلى التاجر ، وأنه لم يقتض الثمن فإن له الحق فى إثبات هذه الواقعة بكافة طرق الإثبات - كالشهادة ، أو القرائن - لأن العملية تكون بالنسبة للتاجر من طبيعة تجارية ، ومن المعلوم أن الإثبات فى المسائل التجارية يكون جائزا بكافة طرق الإثبات ، سواء رفع المزارع دعواه القضائية أمام المحكمة المدنية ، أو أمام المحكمة التجارية (١)

وقد ثار التساؤل حول مدى جواز إدراج شرط التحكيم فى العقود المختلطة **contrats mixtes** (٢) ؟ .

فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على مائة جنيه ، أو كان غير محدد القيمة فلاتجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " . وقد رفعت قيمة التصرف القانونى إلى هذا الحد " مائة جنيه " بمقتضى القانون الوضعى المصرى رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، وكانت قبل العمل بالقانون الوضعى المصرى المذكور عشرين جنيها فقط .

(١) أنظر :

EL - GOHARY MOHAMED FAHMY : L'arbitrage et les contrats a longe terme . These . Renne . 1982 . T. 1 , N . 113 et s . P .98 et s .

وانظر أيضا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٢٨٢ ص ٥٧٠ ومابعدها .

(٢) فى استعراض الجدل فى فقه القانون الوضعى الفرنسى حول مدى جواز إدراج شرط التحكيم فى عقد مختلط ، أنظر :

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans un contrat mixte . Rev . arb . P .3 et s ; HAMEL et LAGARDE : Droit commercial . T.1 . N. 71 ; ROBERT (j .) et MOREAU (B .) : L'arbitrage . Droit interne . Droit international . 5e ed . Dalloz . Paris . P. 65 .

وانظر أيضا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٣ ، ١٨٤ ص ٥٧٢ ومابعدها

إتجه الرأى الراجح فى فرنسا إلى القول ببطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة ، باعتبار أن قصد المشرع الوضعى الفرنسى حينما شرع شرط التحكيم إنما كان ينصب على المنازعات الحاصلة بين التجار بشأن حياتهم التجارية ، وهو مايفترض أن يكون العقد بين تاجرين ، وأن يكون موضوعه تجاريا بالنسبة لهما معا [1] . فضلا عن أن المشرع الوضعى الفرنسى لو كان قد أجاز شرط التحكيم فى العقد المختلط - **والذى قد يقع بين تاجر وغير تاجر** - لكانت هذه الإجازة قد انقلبت وبالا على غير التاجر ، فى الأحوال التى يفرض فيها التاجر هذا الشرط على عميله غير التاجر ، وهو مايحدث عند إذعانه للتحكيم فى المنازعات المستقبلية ، المحتملة ، وغير المحددة ، لحظة إدراج شرط التحكيم فى العقود المختلطة ، وبموجب شرط التحكيم المطبوع فى العقد الأصلى [2] .

وإذا كان شرط التحكيم - **وفقا للرأى الراجح فى فرنسا** - باطلا فى العقود المختلطة ، فما هى طبيعة هذا البطلان ؟ .

---

(١) أنظر :

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans une acte mixte . Rev . arb . 1971 . P . 1 et s ; L'arbitrage commercial international . N . 24 . P. 12 , 13 . N. 27 . P. 15 . N . 90 ; HAMEL et LAGARD : op . cit . , P . 130 ; ROBERT (J .) : Arbitrage . 3e ed . 1961 . P. 144 .

وانظر أيضا :

Lyon . 12 Mai . 1958 . Rev . arb . 96 et La note; Bonreux . 20 Dec . 1960 . D . 1961 . 225 ; Cass . com . 2 Dec. 1964 . J . C. P . 1965 . 11 . 14041 . Note : P. L . D . 1965 . 412 .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . ed . 1990 . N . 55 . P . 57 et s .

وانظر أيضا : محمد لبيب شنب - الأعمال المختلطة [illegible]

حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٧ ص

إتجهت بعض أحكام القضاء فى فرنسا (١) إلى القول بـــأن بطـــلان شـــرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة هو بطلانا نسبيا ، غير متعلـــق بالنظـــام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، ويتقرر مراعـــاة للمصلحـــة المحضـــة **interet exclusif** لغير التـــاجر " **أى الطـــرف المدنـــى** " ، ولايســـتطيع الطرف الآخر - **والذى يعتبر العمل تجاريا بالنسبة له** - أن يتمسك ببطـــلان شرط التحكيم ، حيث يلتزم التاجر بمقتضى الشرط المذكور بالخضوع لنظـــام التحكيم ، طالما لم يتمسك الطرف المدنى غير التاجر ببطلان شرط التحكيـــم ويكون غير التاجر بالخيار بين الخضوع لنظام التحكيـــم ، وإجراءاتـــه ، أو عدم الخضوع له ، فيتمسك بشرط التحكيم فى الحالـــة الأولـــى ، ويتمســـك ببطلانه فى الحالة الثانية (٢) .

فإذا رفع التاجر النزاع إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع شرط التحكيم ، كان للطرف المدنى أن يتمسك ببطلانه . أما إذا كان الطرف المدنى قد تمسك بشرط التحكيم - **سواء فى الدعوى القضائيـــة المرفوعـــة عليه ، أو فى الدعوى التى رفعها هو أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى النزاع موضوع شرط التحكيم** - فليس لغير التاجر عندئذ أن يتمسك ببطـــلان

---

(١) أنظر :

Paris . 14 Mai , 1978 . Rev . arb . 1978 . 2 . 1 . Note : FOUCHARD ; Paris . 13 Janv . 1981 . Rev . arb . 1982 . 66 . Note : MEZGER .

وانظر أيضا فى الأخذ بفكرة البطلان النسبى لشرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة : أشرف عبـــد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليـــها - ص ١٤٥ .

(٢) أنظر

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . N . 53 . P . 56

أما التاجر ، فإنه يخضع عندئذ لنظام التحكيم ، بمقتضى شرط التحكيم ولايجوز له التمسك ببطلانه [1] .

غير أن محكمة النقض الفرنسية [2] ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى [3] قد قضت ببطلان شرط التحكيم فى العقد المختلط ، سواء فى مواجهة التاجر ، أو غير التاجر . بمعنى ، الأخذ بفكرة البطلان المطلق لشرط التحكيم فى العقود المختلطة .

وقد انتقد جانب من فقه القانون الوضعى المقارن مسلك محكمة النقض الفرنسية ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى ، فى تقريرها البطلان المطلق لشرط التحكيم الوارد فى عقد مختلط تكون محل نظر ، لأن القضاء الفرنسى – **وقبل تدخل المشرع الوضعى الفرنسى ، وإجازته لشرط التحكيم فى المواد التجارية** – كان قد استقر على أن بطلان شرط التحكيم فى فرنسا هو بطلانا نسبيا ، استنادا إلى نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، والتى استوجبت تحديد موضوع النزاع ، وبيان أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مشارطة التحكيم ، وإلا كانت باطلة ، أى أن المادة (١٠٠٦) من

---

(١) أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٨٣ ص ٥٧٤ .

(٢) أنظر :
Cass . com . 2 Decembre . 1964 . J . C. P . 1965 – 14041. Note : P. L . D . 1965 . 412 ; Cass . com . 5Mai . 1982 . Bull . 11 . N . 9 ; Rev . arb . 1983 . P . 75 . [illegible]LIN – DEVICHI .

(٣) أنظر :
Trib . civ . Seine . 1er Avr , 1946 . D . 1946 . 353 ; Paris . 17 Dec . 1957. J. C . P . 1958 . 11 . 10778 . Note : MOTULSKY ; Lyon . 12 Mai . 1958 . Rev .arb . 1958 . 96 et la Note .

مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لاتتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، حيث كان من الجائز تصحيح البطلان الناجم عن عدم تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم فى اتفاق لاحق ، أو بالمثول أمامهم وأنه من المستحيل أن تكتسب المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة طابع النظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، لمجرد أن شرط التحكيم قد أدرج فى عقد مختلط [١] .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى الفرنسى - **وبحق** - عدم ملاءمة بطلان شرط التحكيم فى العقود المختلطة ، باعتبار أن الهدف الذى يرمى إليه القائلون ببطلان شرط التحكيم المدرج فى العقود المختلطة إنما هو حماية غير التجار من قبول شروط تحكيم ، تحت ضغط التجار عليهم عند التعاقد وقد لاتتجه ارادتهم حقيقة عن رضا ، واقتناع إلى قبول مثل هذه الشروط [٢] . خاصة ، وأن الممارسة العملية تكشف عن إقبال التجار ، وغير التجار على إدراج شروط تحكيم فى معاملاتهم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها ، وازدياد خبرة غير التجار فى مجال التحكيم - **سواء على المستوى الوطنى ، أم على المستوى الدولى** - ومن احاطتهم بما يمكن أن يترتب على إدراج شروط التحكيم فى عقودهم مع التجار

---

(١) فى انتقاد مسلك محكمة النقض الفرنسية ، وبعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى بتقرير البطلان المطلق لشرط التحكيم الوارد فى عقد مختلط ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٥ .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 3 . P . 58 et s

وانظر أيضا المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٤ ص ٥٧٥ ومابعدها

بما يمكن أن يترتب على إدراج شروط التحكيم في عقودهم مع التجار وغيرهم (١) .

ومن ثم ، فلا يوجد مبرر للتفرقة بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية ، فيما يتعلق بمشروعية شرط التحكيم . ذلك أنه إذا توافرت الضمانات التشريعية التي تحمي حقوق الأفراد ، والجماعات عند التجائهم لنظام التحكيم ، للفصل في منازعاتهم المحتملة ، وغير المحددة ، والتي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فإنه لايكون هناك مانعا من إدراج شروط التحكيم في العقود المختلطة .

والأمر المؤكد أن شرط التحكيم قد أصبح أمرا يستعصي على الإنكار ، بل إنه أصبح الأمر الأكثر شيوعا في الواقع العملي في مختلف العقود المدنية والتجارية على حد سواء ، في كافة الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها (٢) . فشرط التحكيم قد احتل مكانة بارزة في التجارة الدولية ، نظرا لشيوعه في المعاملات . وخاصة ، الدولية منها .

---

(١) وقد قررت محكمة باريس في حكمها الصادر في (١٩) يونية سنة ١٩٧٠ أن شرط التحكيم لايشكل مخالفة للنظام العام الدولي ، إذا كان موضوعه يشترك فيه الطابع المدني ، مع التجاري " أي عقدا من العقود المختلطة " ، أنظر :

Paris , 19 Juin . 1970 . Rev . arb . 1972 . P. 671 . J . C . P . 1971 . 16927 . Note : GOLDMAN .

وانظر أيضا في قصر بطلان شرط التحكيم في العقود المختلطة على التحكيم الداخلي ، وعدم تطبيق ماانتهى إليه القضاء الفرنسي في هذا الشأن على التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة : أشرف عبد العليم الرفاعي - التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٥ .

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - ص ٨٥ ، أشرف عبد العليم الرفاعي - التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة - ص ١٤٥

والتفرقة بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية بخصوص الحديث عن مشروعية شرط التحكيم فى فرنسا تولد صعوبات جمة أمام القضاء الفرنسى ، إذ أنه – **وبصدد الفصل فى مسألة الإختصاص القضائى** – يضطر إلى تمييز الأعمال التجارية عن الأعمال المدنية ، حيث يثور التساؤل عما إذا كان النزاع خاضعا لقضاء التحكيم ، أم للقضاء العام فى الدولة . فضلا عن أنها لاتقوم على سبب منطقى ، حيث لايقبل الإعتراف بمزايا نظام التحكيم فى بعض المنازعات ، وإنكارها فى البعض الآخر منها . فما دام اختيار الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم – **للفصل فى منازعاتهم الحالة أو المستقبلية ، وغير المحددة** – لايتعارض مع النظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، فإنه لابأس إن هم فضلوا وسيلة على أخرى ، بحسب مايرتاح إليه وجدانهم ، ويتفق ومصالحهم . وحسنا مافعله المشرع الوضعى المصرى حين أجاز التجاء الأفراد ، والجماعات لنظام التحكيم – **للفصل فى منازعاتهم الحالة ، أو المستقبلية ، وغير المحددة** - أى سواء كان فى صورة شرط للتحكيم ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بين الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، ولم يفرق المشرع الوضعى المصرى فى مشروعية نظام التحكيم بين المنازعات التجارية ، والمنازعات المدنية .

لأجل ذلك ، فإننا نرى ضرورة تدخل المشرع الوضعى الفرنسى بتعديل تشريعى جديد للنصوص المنظمة للتحكيم ، يقرربموجبه مشروعية شرط التحكيم فى المنازعات المدنية ، والتجارية على حد سواء ، دون تفرقة بينهما ، أى إجازة شرط التحكيم فى جميع المنازعات ، سواء ماكان منها ناشئا عن عقد تجارى ، أم عقد مدنى ، أم عقد إدارى – **على غرار النظام القانونى الوضعى المصرى** – ليساير بذلك تطور الممارسة العملية ، والإزدياد نحو

إدراج شروط التحكيم فى المعاملات الدولية ، والوطنية على حد سـواء . وإن كان المشرع الوضعى الفرنسى قـد توسـع فـى إجـازة التجـاء الأفـراد والجماعات إلى نظام التحكيم ، فى صورة شـرط للتحكيـم ، للفصـل فـى منازعات محتملة ، وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، بـالرغم من طبيعتها المدنية ، بحيث لم يعد الحال كما كان عليه فـى المـاضى فـى فرنسا ، وهو أن الأصل هو بطلان شرط التحكيم ، والإستثناء هـو إجازتـه ولكن تبدلت القاعدة ، بحيث صـار الأصـل هـو إجـازة شـرط التحكيـم والإستثناء هو الحظر [1] .

ثانيا :

نطاق صحة مشارطة التحكيـم فـى مجموعـة المرافعـات الفرنسية المعدلة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر مـن شهر مايو سنة ١٩٨٠ :

عرفت المادة (١٤٤٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية مشـارطة التحكيم بأنها :

" الإتفاق الذى يلتزم بمقتضاه أطراف نزاع معين قائم بـالفعل بينـهم بعرضه على التحكيم ، للفصل فيه بواسطة شخص ، أو أكثر من اختيارهم " . وقد أجاز القانون الوضعى الفرنسى التجاء الأفراد ، والجماعات إلى إبـرام مشارطات تحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، مادام أن التحكيم يرد علـى أحـد المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، وكان متعلقا بعلاقـة قانونية محددة - **عقدية كانت ، أم غير عقدية .**

---

[1] أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٧ ص ٥٥٨ ، بنـد ١٨٤ ص ٥٧٦ .

نطاق صحة شرط التحكيم ، ومشارطته فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية :

عرف القانون الوضعى المصرى التحكيم بصورتيه " **شرط التحكيم ومشارطته " المادتان (١/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣ لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - (١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [1] "** ، فقد كل من شرط التحكيم ومشارطته على قدم المساواة . حيث تنص المادة العاشرة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه :

" إتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت ، أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية " .

فالتحكيم يكون جائزا فى القانون الوضعى المصرى فى المنازعات المدنية والتجارية على حد سواء ، دون تفرقة بينهما – **سواء كان فى صورة شرط للتحكيم** ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بين الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، لمسايرة تطور الممارسة العملية ، والتزايد نحو إدراج شروط للتحكيم فى جميع العقود التى تبرم بين الأفراد

---

(1) فى استعراض التطبيقات القضائية بشأن التحكيم ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٩٣ ومابعدها .

والجماعات - سواء كانت عقودا مدنية ، أم تجارية ، أم مختلطة " وطنية ، أم دولية " ، أم إدارية .

والملاحظة الرابعة :

الخلاف الفقهى حول الطبيعة القانونية للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارط :

إذا كان الإتفاق على التحكيم يتخذ فى العمل إحدى صورتين " **شرطا للتحكيم ، أو مشارطته** " ، أى **سواء كان فى صورة شرط للتحكيم** ، يكون سابقا على نشأة النزاع بين الأطراف ذوى الشأن ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بين الأطراف ذوى الشأن ، بعد نشأة النزاع بينهم ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، فإنه قد ثار الخلاف طبيعته القانونية ، بين اتجاه يسلم بطبيعته العقدية . وآخر يسلم بطبيعته الإجرائية ، ولكل منهما من الحجج والأسانيد التى يستند إليها فى تأييد وجهة النظر التى يتبناها .

الإتجاه الأول :

الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ذو طبيعة إجرائية [1] :

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ماهو إلا عقدا إجرائيا ، له طبيعة إجرائية ، نظرا لتأثيره المباشر

---

(1) فى تأييد جانب من فقه القانون الوضعي الإيطالى للإتجاه القائل بأن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ذو طبيعة إجرائية ، أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٤٤٤ ص ٩١٣ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - بند ٣١ ص ٨٩ - الهامش رقم (٢) ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١١ ص ٣٠ ، ٣١

فى الخصومة القضائية ، وإجراءات التقاضى ، فهو يرتب آثارا قانونية عديدة فى ذمة عاقديه ، وأهمها :

الأثر الإيجابى :

ويتمثل فى التزام أطرافه بعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه للفصل فيه - دون المحكمة المختصة أصلا **بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه**

والأثر السلبى :

ويتمثل فى منع عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على القضاء العام فى الدولة ، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه :

فالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يمنع القضاء العام فى الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق هيئة التحكيم المكلفة بالفصل ، ويخول المدعى عليه دفعا بذلك ، وهو مايسمى بالدفع بوجود الإتفاق على التحكيم .

كما أن الإتفاق على التحكيم يخول هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع محل التحكيم - **والتى تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية** - سلطة القضاء بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بخصوص النزاع محل التحكيم ، والفصل فيه بحكم تحكيم ، يكون ملزما لهم ، ويقوم بديلا عن حكم القضاء العام فى الدولة (1) .

فضلا عن أن الإتفاق على التحكيم عادة ماينظم خصومة التحكيم فى كثير من الأمور التى تركتها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - لإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

بالإضافة إلى ماقامت به هذه الأنظمة القانونية الوضعية من إيراد قواعد

---

(1) فى استعراض التطبيقات القضائية بشأن خصومة التحكيم ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ١٩٨

تفصيلية إجرائية لخصومة التحكيم ، وهى إجراءات تماثل ، وإن لم تكن تتطابق مع إجراءات الخصومة القضائية " **المواد (١٤٦٩) ومابعدها من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٥٠٦) - (٥٠٩) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - (٢٥) - (٣٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** " [1] .

الإتجاه الثانى :

الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ذو طبيعة تعاقدية [2] :

---

(1) فى دراسة خصومة التحكيم ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٩٤ ومايليه ص ٢٢٢ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - مقالة مقدمة فى مؤتمر التحكيم فى القانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش فى الفترة من (٢٠) إلى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٩٣ ، محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين ص ٣٠٢ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - بند ٤٨ ومايليه ص ٨٩ ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ١٩٩٥ - ص ٤٩ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - التحكيم ، والتصالح - ١٩٩٦ - ص ٤٩ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٥٢ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٢٤٩ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - مقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٩٧ .

(٢) من أنصار هذا الإتجاه ، أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٤٤٠ ص ٩١٢ ، محمود محمد هاشم - إتفاق التحكيم -

يرى أنصار هذا الإتجاه - **وبحق** - أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - هو عقدا يتم باتفاق الأفراد ، والجماعات ، ويعتبر مظهرا لسلطان إراداتهم ، واستعمالا منهم لحقهم فى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، من أجل الفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، والقائمة ، أو المحتملة وغير المحددة** " التى يمكن أن تنشأ بينهم ، عن غير طريق القضاء العام فى الدولة .

فالإتفاق على التحكيم - سواء كان فى صورة شرط للتحكيم ، للفصل فى نزاع محتمل ، وغير محدد ، يمكن أن ينشأ بين الأفراد ، والجماعات فى المستقبل ، وعن علاقة قانونية محددة - سواء كانت عقدية ، أم غير عقدية - أم كان فى صورة مشارطة تحكيم ، للفصل فى نزاع قائما بالفعل بين الأفراد ، والجماعات لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم - يكون عقدا من العقود التى تنظمها النظرية العامة للعقد - شأنه فى ذلك شأن أى عقد آخر . بالإضافة إلى خضوعه للأحكام الخاصة الواردة بشأنه - سواء وردت فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، ضمن النصوص القانونية المنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه ، أم وردت فى شكل قانونى خاص - كقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

فالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تنطبق عليه القواعد العامة فى العقد ، والمنصوص عليها فى القانون المدنى - **شأنه فى ذلك شأن سائر العقود الأخرى - وأهمها** : تلك القواعد التى تحكم إبرامه ، وتحديد

١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٢٩ ص ٥٤ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩١- دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٣١ ص ٨٨ .

وانظر أيضا : الفقه الإيطالى المشار إليه فى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩١- دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٣١ ص ٨٩ - الهامش رقم (١) .

أركانه ، وشروط صحته ، والجزاء المترتب على تخلفها - **وهو البطـــلان ، أو القابلية للإبطال** - كما يخضع لما يرد بشأنه من أحكـــام ، خاصـــة فـــى النصوص القانونية المنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه [١] .

ولايعد الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - عمـــلا إجرائيـــا استنادا إلى أنه إنما يتم قبل بدء الخصومة القضائية ، ولـــهذا ، فـــلا يعتـــبر عنصرا من عناصرها ، ولامكونا من مكوناتها ، فيكـــون طبيعيـــا ألا يـــأخذ طبيعتها ، ولاتنطبق عليه قواعد البطلان المقررة للأعمـــال الإجرائيـــة [٢] والتى ينظمها قانون المرافعات المدنية ، والتجارية [٣].

---

[١] انظر عرضا للإتجاه القائل بأن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ذو طبيعة تعاقدية فى : فتحى والى - نظرية البطلان فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٥٨ - بند ٦٣ ص ١٣٠ ، ١٣١ .

[٢] فى بيان أهمية التفرقة بين خضوع الإتفاق على التحكيم لقواعد البطلان المقررة فى قانون المرافعـــات المدنية ، والتجارية ، والمقررة للأعمال الإجرائية ، وخضوعه لقواعد بطلان العقود الـــواردة فى القـــانون المدنى ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١١ ص ٣١ ، ٣٢ .

[٣] فى بيان قواعد البطلان المقررة للأعمال الإجرائية ، أنظر : فتحى والى - نظرية البطلان فى قـــانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - بند ٦٣ ومايليه ص ١٣٠ومابعدها، الوسيط فى قانون القضاء المـــدنى - بند ٢١٩ ومايليه ص ٣٤٩ ومابعدها ، عبد الحميد الشواربى - البطـــلان المـــدنى " الإجرائـــى ، والموضوعى " - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٢٢٥ ومايليه ص ٤٠٨ ومابعدها ، أحمـــد أبو الوفا - نظرية الدفوع فى قانون المرافعات - ط٩ - ١٩٩١- منشأة المعارف بالأســـكندرية - ص ٩٦٢ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعـــات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها - الجزء الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصـــاص - ط١ - ص ٦٩ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - ١٩٩١ - الجزء الثـــانى - دار التوفيق للطباعة ، والنشر بالقاهرة - ص ١٦٦ ومابعدها ، عبد الحكيم فودة - البطـــلان فى قـــانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ط٢ - ١٩٩٣ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية ، نبيل إسمـــاعيل عمر - قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأســـكندرية - ص

كمـــا أن النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه قد اعتبرت الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عقدا من عقـــود القانون الخاص - شأنه فى ذلك شأن أى عقد آخر - ولـــم تعاملــــه معاملـــة الأعمال الإجرائية . وحتى فى الفرض الذى يتم فيه الإتفاق على التحكيم أثناء الخصومة القضائية ، فإنه لايمكن اعتباره ذات طبيعة إجرائية ، بـــل تظـــل صفته العقدية هى الغالبة ، ويظل لإرادة الأطـــراف المحتكميـــن " أطـــراف الإتفاق على التحكيم السلطان ، والغلبة ، ويظل الإتفـــاق علـــى التحكيـــم - شرطا كان ، أم مشارطة - عملا من طبيعة إرادية خالصة (1) .

---

١٦٨ ومابعدها ، أحمد خليل - قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الخصومة ، والحكم ، والطعـــن - ١٩٩٦ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية - ص ٢٨١ ومابعدها ، وجدى راغب فـــهمى ، أحمد ماهر زغلول - دروس فى المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجاريـــة ، وتعديلاتهـــا المستحدثة - الجزء الأول - قواعد مباشرة النشاط القضائى - مبادئ الخصومة المدنيـــة - ١٩٩٦ - دار أبو المجد للطباعة بالقاهرة - ص ٦٩ ومابعدها .

(1) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١١ ص ٣٠، ٣١ .

الباب الثانى

أركان الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته [1]

تمهيد ، وتقسيم :

إذا كانت الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** – قد أجازت التجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** – ونظمت قواعده ، فإنها بذلك تكون قد اعترفت بحق التقاضى بعيدا عن القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بينهم – **وأيا كان موضوعها** - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، ويكون لهم حرية الإلتجاء إما إلى القضاء العام فى الدولة ، وإما إلى قضاء التحكيم .

ولما كان الإلتجاء إلى نظام التحكيم – **كوسيلة للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات** – لايكون إلا باتفاقهم عليه ، من خلال اتفاق عليه - **شرطا كان ، أم مشارطة** – ، يحددون فيه النزاع " **الحال ، القائم والمحدد " مشارطة التحكيم " ، أو المحتمل ، وغير المحدد " شرط التحكيم** "

---

[1] فى دراسة أركان الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٠٢ ومايليه ص ٣٧١ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٤٤ ومابعدها .

لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " المراد الفصل فيها بهذا الطريق الخاص للتقاضى ، بشرط أن يكون من بين المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، وفقا لما تضعه القوانين الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها - فى هذا الشأن من قيود قانونية ، تحدد فيها مايجوز من منازعات الأفراد ، والجماعات الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم . فضلا عن تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم ، أو على الأقل بيان طريقة تعيينهم . وضرورة انصراف إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " إلى اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها - دون غيره من الأنظمة القانونية الأخرى ، والتى قد تختلط به فى الممارسة العملية - كالصلح مثلا .

وسوف نقسم هذا الباب الثانى من الدراسة إلى خمسة فصول متتالية على النحو التالى :

الفصل الأول :

الرضا فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ودور الشكل فيه .

الفصل الثانى :

الأهلية ، والسلطة الازمتين للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

الفصل الثالث :

المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم .

الفصل الرابع :

تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كـــان ، أم مشـــارطة " العنصـــر الشخصى لمحل التحكيم " .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

الفصل الأول

الرضا فى الإتفاق على التحكيم

- شرطا كان ، أم مشارطة -

ودور الشكـــــل فيـــــه

تقسيم :

الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " - **كأى عقــد** - يتــم بالإيجاب ، والقبول ، ويتعين أن تتوافر فيه الشروط التى تتطلبــها الأنظمــة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - فى سائر العقود - **كتوافر الأهلية لدى المتعاقدين ، وانتفاء شوائب الرضا ، وتوافر** موضوع **العقد ، وسببه** . ومن ثم ، فإن الإتفاق علــى التحكيــم " **شــرطا كــان ، أم مشارطة** " - **كأى عقد** - قوامه الإرادة . فإذا انتفت هذه الإرادة تماما ، كــان العقد معدوما .

أما إذا كانت هذه الإرادة صادرة ممن يملكها ، ولكنها كــانت معيبــة - **أى مشوبة بغلط ، أو تدليس ، أو إكراه ، أو اســتغلال** - فــإن الإتفــاق علــى التحكيم - **شرطا كان ،أم مشارطة** - يكون باطلا ، وفقــا لقواعــد القــانون المدنى فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** فالإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " - **كغيره من التصرفــات القانونية** - يتطلب تحقق رضاء أطرافه - **الخالى من العيوب** - بالإلتجـــاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالــة ، القائمــة ، والمحــددة " مشارطة التحكيم** " ، **أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظــة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل مــن أفــراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقــها**

والفصل فى موضوعها - وصدوره من أشخاص مكتملى الأهلية ، ويملكـون سلطة إلزام أطرافه بما تلاقت عليه إراداتهم المشتركة فى هذا الشـأن ، وأن يكون محل الرضا ذى خصائص معينة .

ذلك أنه يشترط على وجه التحديد أن يكون موضـوع الإتفـاق علـى التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - هـو الإلتجـاء الإختيـارى للأفـراد والجماعات لنظام التحكيم ، فى صدد نزاع " حال ، قائم ، ومحدد " مشـارطة التحكيم " ، أو محتمل ، وغير المحدد " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفـاق على التحكيم " يكون ناشئا عن علاقة قانونية محددة ، تدخل ضمن المسـائل التى يجوز الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها عـن طريـق نظام التحكيم . ويستمد الإتفاق على التحكيم - شرطا كـان ، أم مشـارطة - سنده من الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتـها - التى تعترف به ، كأسـلوب مشـروع للفصـل فـى منازعـات الأفـراد والجماعات - " الحالة ، القائمة ، والمحـددة " مشـارطة التحكيـم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيـم " ، بحيث يعد متوافرا سببه ، وجائزا قانونا - وفى جميع الأحـوال - متـى تحقق الرضا ، والمحل المشار إليهما .

وسوف نحاول فى هذا الفصل أن نبحث الرضا بالإتفاق علـى التحكيـم - شرطا كان ، أم مشارطة - ، وإثباته ، فى مبحثين :

المبحث الأول :

الرضا فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وعناصره

المبحث الثانى :

دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول
الرضا فى الإتفاق على التحكيم
شرطا كان ، أم مشارطة - وعناصره [1]

مفهوم الرضا فى العقود بصفة علمة [2] :

من المعلوم فى علم القانون أنه يتعين لوجود العقد - أى عقد - أن يكون مستكملا لأركانه الأساسية . وهى : الرضا ، المحل ، السبب ، والشكل فى العقود الشكلية [3] .

---

(١) فى دراسة تراضى الأفراد ، والجماعات على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٠٤ ومايليه ص ٢٧٥ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٣ ص ٣٦ ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - رسالة مقدمة لكلية الحقوق - جامعة المنوفية - لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - سنة ١٩٩٥ - ص ١٤٦ ومابعدها .

(٢) فى دراسة الرضا فى العقود بصفة عامة (وجوده ، وعناصره) ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق - بند ٤٠ ومايليه ص ٨٨ ومابعدها .

(٣) فى بيان تقسيمات العقود . وخاصة ، العقود الرضائية ، والشكلية ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - دراسة مقارنة بالفقه لإسلامى - ١٩٨٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٣٠ ومايليه ص ٥٥ ومابعدها . وخاصة ، رقم ٣١ ص ٥٩ ومابعدها ، حيث التفرقة بين العقود الرضائية ، والعقود الشكلية ، ومايترتب على ذلك من آثار قانونية .

وأنه يلزم لوجود العقد صحيحا - **فضلا عن توافر تلك الأركان** - أن يكـــون مشتملا على شرائط صحته . وهي : صدور الرضا به عن أهلية تعتــد بــها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتـــها** - وأن يكون هذا الرضا خاليا من العيوب المفسدة له . **وهـــي** : الغلــط ، التدليــس الإكراه ، وغيرها .

والإرادة هي أساس الرضا . وبالتـــالي ، أســـاس العقــد . والتصـــرف القانوني بوجه عام ، والأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبـــها ، واتجاهاتها** - لاتعتد بالإرادة ، إلا إذا حصل التعبير عنها . والتعبير عـــن الإرادة يوجد فور صدورها ممن أجراه ، ولكنه مع ذلك ، لاينتج أثـــره فـــي الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - إلا بعـد أن يتصل بعلم من وجه إليه . أما قبل تلك اللحظة ، فـــالتعبير يكـــون قائمـــا وموجودا ، ولكنه غير منتج لأثره القانوني (1) .

وفي ذلك ، تنص المادة (٩١) من القانون المدني المصري على أنه :

" ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلـــم مـــن وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، مالم يقم الدليل على عكس ذلك " (2) .

ولاتظهر أهمية تراخي أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم مـن وجه إليه ، إلا في التعاقد بالمراسلة بين غائبين ، إذ توجد في هذا النوع مـــن التعاقد بالضرورة فترة من الزمن - **تطول ، أو تقصر** - بين صدور التعبـير

---

(1) في دراسة الإختلاف بين الإرادة الحقيقية ، ومدلول التعبير عنها ، والإختلاف بين الإرادة الباطنـــة ، والإرادة الظاهرة ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بنـــد ٥٤ ص ١١٣ ومابعدها .

(2) أنظر : عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - المرجع السابق - بنـــد ٥٠ ص ١٠٧ ومابعدها .

من صاحبه ، ووصوله إلى من يرسل إليه - **بالنسبة للإيجاب ، والقبول على السواء** . أما فى التعاقد بين حاضرين - **سواء كان فى مجلس العقد أو عن طريق الهاتف ، أو مايشابهه** - فإنه لايظهر فى العمل أية أهمية لتراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى مابعد اتصاله بعلم من وجه إليه .

إذ أن صدور التعبير ، ووصوله يتمان فى هذه الحالة فى نفس الوقت والتعبير عن الإرادة يوجد فور صدوره من صاحبه . ولايقف الأمر عند هذا الحد ، بل إنه يوجد التعبير ، ويعيش مستقلا عمن أصدره - **كعمل قانون قائم بذاته** . فإن قدر لمن أصدر التعبير أن يموت ، أو أن تزول عنه أهليته فإن ذلك لايؤثر فى التعبير الذى سبق أن صدر منه . فهذا التعبير يبقى موجودا ، وينتج أثره القانونى ، إذا تحقق مايلزم ذلك ، وهو اتصاله بعلم من وجه إليه . وفى هذا ، تنص المادة (٩٢) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لايمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا مالم يتبين العكس " .

فالأصل إنه إذا مات من صدر منه التعبير ، أو فقد أهليته قبل أن ينتج أثره القانونى ، فإن ذلك لايمنع من إنتاج أثره القانونى ، إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، مالم يظهر من التعبير ذاته ، أو من طبيعة التعامل أن العقد لاينعقد إلا مع من وجه التعبير نفسه [1] .

وإذا كان يلزم لحصول الرضاء - **والذى هو أساس العقد** - أن تتواجد الإرادة فى كل من طرفيه ، وأن يقع التعبير عنها ، فإن هذين الأمرين لايكفيان ، بل يلزم فضلا عنهما أن تتوافق إرادة طرفى العقد على قيامه . والتوافق بين الإرادتين يتم بالإيجاب ، والقبول ، ثم ارتباط القبول

---

(١) فى بيان أثر الموت ، وفقد الأهلية فى التعبير عن الإرادة ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٥٣ ص ١١٢ ومابعدها .

والتوافق بين الإرادتين يتـــم بالإيجـــاب ، والقبـــول ، ثـــم ارتبـــاط القبـــول بالإيجاب [1] .

فيلزم لكى يقوم العقد أن تتوافر له أسس وجوده – أى أركانـــه – وأركـــان العقد فى الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – بصفة عامة ، والقانون المدنى المصرى بصفة خاصة هى : الرضا ، المحـــل ، السبب ، إلى جانب الشكل فى نوع خاص ضيق النطاق من العقود ، هـــى العقود الشكلية ، ودون إخلال بماعاساه أن تتطلبه الأنظمة القانونية الوضعيـــة – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – أو حتـــى طبيعـــة الأمـــور فـــى خصوص عقد معين ، من أركان أخرى تكميلية .

والعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول ، على إحداث أثـــر قـــانونى ترتبـــه الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – إعمـــالا له ، الأمر الذى يستلزم توافق إرادة طرفيه . وهكذا ، فتوافـــق الإرادتيـــن – **وهو مايعبر عنه بالرضاء ، أو التراضى** – هو قوام العقد ، وأساسه ، فـــلا وجود للعقد إذا لم يتوافر الرضاء به . وبعبارة أخرى ، يقع العقد باطلا .

بيد أن توافر الرضا ، وإن مكن لقيام العقد ، إلا أنـــه يلـــزم أن يجـــئ صحيحا سليما ، وإلا اعترى الفساد العقد برغم قيامه ، وأصبح مهددا بالزوال وبعبارة أخرى ، أصبح قابلا للإبطال . وهكذا ، يوجد بصدد الـــتراضى ، أو الرضاء أمرين أساسين ، يلزم التحرز من الخلط بينهما ، وهذان الأمران هما

الأمر الأول :

وجود الرضاء :

حيث إن تخلفه يؤدى إلى وقوع العقد باطلا [2] .

---

[2] فى دراسة ذلك بالتفصيل ، وبيان الحالات التى يأخذ فيها توافق الإرادتين شكلا خاصـــا .وخاصـــة ، دراسة النيابة فى التعاقد ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية العقد ، والإرادة المنفردة – بند ٥٦ ومايليه ص ١١٩ ومابعدها .

والأمر الثانى :

صحة الرضاء :

حيث إن فساده يؤدى إلى وقوع العقد قابلا للإبطال [1] .

تطبيق أحكام الرضا فى العقد على اتفاق التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :

إذا كان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - **هو مجرد** عقدا من العقود ، تنطبق عليه - **شأنه شأن سائر العقود** - القواعد العامة فى العقد ، والمنصوص عليها فى القانون المدنى فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - وليست القواعد التى تحكم **الأعمال** الإجرائية ، والتى تنظمها قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، فإنه ينبغى لقيام الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن يتوافر رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** [2] . فضلا عن ضرورة أن يجئ هذا الرضا صحيحا ، وسليما .

---

[2] فى دراسة أركان العقد بصفة عامة . وخاصة ، وجود الرضا ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٤١ ومايليه ص ٨٨ ومابعدها .

[1] فى دراسة صحة الرضا فى العقد ، ومايؤدى إلى وقوع العقد قابلا للإبطال - سواء عن طريق الإكراه ، التدليس ، والإستغلال ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ١١٩ ومايليه ص ٢٤٣ ومابعدها . وخاصة ، بند ٤٦ ومايليه ص ٢٩٧ ومابعدها .

فالإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " - كقاعدة عامة - هو من العقود الرضائية التى تتم بالإيجاب ، والقبول ، ولم تشترط الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - شكلا لـه . فللأطـراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " أن يحرروه بأى شكل أرادوا - شأنه شأن سائر العقود الرضائية الأخرى - ودون التقيد بأية ألفاظ معينة . ويتعين أن تتوافر فيه الشروط التى تتطلبها الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهتها - فى سائر العقود - من توافر أهلية وصفة لديهم ، وموضوعا له [١] .

وإذا كان الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - هـو عقـدا رضائيا ، ينعقد بالتراضى عليه ، فإنه يلزم فضلا عن وجـود الرضـا ، أن يكون صحيحا ، بأن يكون صادرا عن أهلية تعتـد بـها الأنظمـة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - وتترتـب عليـها الآثـار القانونية الازمة - والتى تعترف بها - وأن يكون خاليا من العيوب المفسـدة له ، أى خاليا من عيوب الإرادة - الغلط ، أو التدليس ، أو الإكراه ، ومـاإلى ذلك . فيلزم لوجود تراضى الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيـم ، للفصل فى منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيـم " أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبـرام الإتفـاق علـى التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عـاديين ، أو هيئـات

---

(٢) أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٦ .

(١) أنظر : حكم محكمة مصر الإبتدائية - الصادر فى (٧) يونيو سنة ١٩٣٢ - مجلة المحاماه المصرية - العدد (١٤) - ص ٢١ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا - الإشارة المتقدمة .

غير قضائية - دون المحاكم المختصة أصــلا بتحقيقــها ، والفصــل فــى موضوعها ، أمرين أساسين ، يلزم التحرز من الخلط بينهما ، وهما :

الأمر الأول :

وجود رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحــددة " مشــارطة التحكيــم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عــاديين ، أو هيئــات غــير قضائية - دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها

ويعنى وجود رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظــام التحكيــم للفصل فى منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيــم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبــرام الإتفــاق علــى التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئــات غير قضائية - دون المحاكم المختصة أصــلا بتحقيقــها ، والفصــل فــى موضوعها :

تطابق إرادتين ، واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية ، تبعــا لمضمــون ماتفقا عليه . فلا بد من إيجاب ، وقبول ، يتلاقيان علــى اختيــار الأفــراد والجماعات لنظام التحكيم ، للفصل فــى منازعاتــهم " الحالــة ، القائمــة والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملــة ، وغــير المحــددة " شــرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريــق هيئــة تحكيــم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصــة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها ، إختيارا .

فتطابق الإرادتين يتم بتوافق الإيجاب ، والقبول من أطراف الإتفــاق علــى التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة . أو بعبارة أخــرى ، يجــب أن يكــون التعبير عن الإرادة لكل طرف من أطراف الإتفاق على التحكيم متطابقا مــع تعبير الأطراف الآخرين ، حتى ينعقد الإتفاق على التحكيم - شرطا كــان ،

أم **مشارطة** . وعندئذ ، تطبق القواعد العامة لنظرية العقد ، من حيث طـــرق التعبير عن الإرادة ، والوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القـــانونى ، والتعاقد بين غائبين ، إلى غير ذلك من الأحكام العامة . وتخلـــف رضـــاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصـــل فـــى منازعاتـــهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيـــم " ، أو المحتملـــة ، وغـــير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عـــن طريـــق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئـــات غـــير قضائيـــة - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعـــها** ، يـــؤدى إلـــى وقوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - باطلا .

والأمر الثانى :

صحة رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصـل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحـــددة " مشـــارطة التحكيـــم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عـــاديين ، أو هيئـــات غـــير قضائية - دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها**

حيث إن فساده يؤدى إلى وقوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - قابلا للإبطال . فلوجود رضاء الأفراد ، والجماعـــات بالإلتجـــاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتـــهم " الحالـــة ، القائمـــة ، والمحـــددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظـــة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشـــكل مـــن أفـــراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقـــها والفصل فى موضوعها** ، يلزم أن توجد إرادة الإلتجاء إليه ، كبديل للقضـــاء العام فى الدولة الحديثة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فـــى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماأســـتثنى بنص قانونى وضعى خاص ، وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانونى المقصـــود

منه ، بشرط أن تكون فى ذلك جادة ، غير هازلة ، حقيقية ، وليست صورية وأن يتم التعبير عن هذه الإرادة ، بإخراجها من نفس صاحبها إلى العالم الخارجي الملموس ، بأحد طرق التعبير عن الإرادة . فضلا عن التقاء التعبير عن إرادة أحد أطراف الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – مع التعبير عن إرادة الأطراف الآخرين ، بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** . وفضلا عن وجود رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** ، ينبغى أن يكون صحيحا ، أى أن يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية الازمة لإصداره ، وأن يكون خاليا من العيوب المفسدة له " **الغلط ، الإكراه ، التدليس ، والإستغلال** " .

فالإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة " – كأى عقد من العقود –** يتم بالإيجاب ، والقبول ، ويتعين أن تتوافر فيه الشروط التى تتطلبها الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – فى سائر العقود – **من توافر أهلية لدى أطرافه ، وانتفاء شوائب الرضا ، ومن توافر صفة لديهم ، وموضوعه .**

والإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة – لايعدوا أن يكون** تصرفا قانونيا ، يتم بإرادتين ، ويخضع فى قواعده ، وأحكامه لما تخضع له سائر العقود من قواعد ، وأحكام خاصة بانعقاده ، وتفسيره ، وترتيب آثاره

سائر العقود من قواعد ، وأحكام خاصة بانعقاده ، وتفسيره ، وترتيب آثاره القانونية ، وتحديد نطاقها .

فضلا عن القواعد الخاصة التي يخضع لها والمنصوص عليها سواء في قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، في مختلف الأنظمة القانونية الوضعية ، أو في القوانين الخاصة المنظمة للتحكيم – **كقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية** . ونتيجة لذلك ، فإنه يلزم لوجود الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – أن توافر أركانه ، **وهي** : الرضا، المحل ، والسبب . ويلزم لصحة هذا الوجود أن يكون الرضا به صادرا عن أهلية تعتد بها الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – وأن يكون خاليا من العيوب المفسدة له .

فالإتفاق على التحكيم – **شرطا كان** ، **أم مشارطة** – **هو** – **في الأصل** – عقدا رضائيا ، يكفي لانعقاده تطابق إرادة أطرافه ، فيما يتعلق بماهيته ، شروطه ، أركانه ، النزاع المراد حسمه ، وبالنزول المتبادل لكل منهم عن الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة ، واختيار نظام التحكيم ، كطريق بديل للفصل في منازعاتهم " **الحالة** ، **القائمة** ، **والمحددة** " **مشارطة التحكيم** " ، **أو المحتملة** ، **وغير المحددة** " **شرط التحكيم** " **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها** ، **والفصل في موضوعها** .

ونظرا لأن الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان** ، **أم مشارطة** " – **كعقد من العقود** – كثيرا مايؤدي الحديث عن رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل في منازعاتهم " **الحالة** ، **القائمة والمحددة** " **مشارطة التحكيم** " ، **أو المحتملة** ، **وغير المحددة** " **شرط التحكيم** " **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ،

تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** ، ومحله إلى جدل ، ومناقشات فى فقه القانون الوضعى المقارن [١] ، [٢] ، فإن ذلك يدفعنا إلى دراسة ركن رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم **" الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم "** ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** ، فى محاولة منا لوضع تصور لما يثار بشأنه من مشاكل عملية . ولهذا ، سوف نتحدث عن رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم **" الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم**

---

(١) حول مايثيره الحديث عن رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها من جدل ، ومناقشات فى فقه القانون الوضعى المقارن ، أنظر :

KLEIN (FREDRIC – EDOUARD) : Autonomie de la volonte et arbitrage . Revue Critique . 1958 . P . 281 et s .

(٢) فى بيان مايثيره الحديث عن رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها من جدل ، ومناقشات فى فقه القانون الوضعى المقارن فى العلاقات الدولية الخاصة ، أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الكتاب الأول - إتفاق التحكيم - دار النهضة العربية بالقاهرة - ١٩٨٤ - بند ٣٥ ومايليه ص ٢٣٢ ومابعدها .

عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية **- دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** ، دون الدخول فى ركن السبب ، لانطباق القواعد ، والأحكام المتعلقة بركن السبب فى النظرية العامة للعقد على السبب فى الإتفاق على التحكيم **- شرطا كان أم مشارطة -** [1] ، على أساس أن السبب فى التزام أحد أطراف الإتفاق على التحكيم **- شرطا كان ، أم مشارطة -** هو نزول الأطراف الآخرين عن الحق فى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، مع التزامهم بعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم **- شرطا كان ، أم مشارطة -** أمام هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، لتفصل فيه بحكم تحكيم يكون ملزما لهم [2] .

---

(1) فى دراسة المقصود بالسبب كركن فى العقد ، والنظرية التقليدية ، والحديثة فى السبب ، ومضمون السبب فى القانون الوضعى المصرى - من حيث وجوده ، مشروعيته ، وإثباته - وفكرة السبب فى الفقه الإسلامى ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٠٥ ومايليه ص ٤٢٨ ومابعدها ، بشرى جندى - وضع نظرية السبب فى القانون المصرى - مجلة إدارة قضايا الحكومة " سابقا " " هيئة قضايا الدولة " حاليا " - السنة العاشرة - العدد الثالث - يوليو سنة ١٩٦٦ - ص ٩٦ ومابعدها ، نظرية السبب ، ونظرية الباعث ، وجوب الفصل بينها - مجلة المحاماة المصرية - السنة الثالثة والأربعون - العدد الرابع - ص ٣٦ ومابعدها ، جمال الدين محمد محمود - سبب الإلتزام ، وشرعيته فى الفقه الإسلامى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة الأزهر - ١٩٦٨ ، عبد الرحمن مصطفى عثمان - نظرية السبب فى القانون المصرى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٨٤ .

(2) أنظر :

J . CHESTIN : Traite de droit civil . le contrat . L . G . D . J . 1980 . N . 634 et s .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٤٨/١١/١٨ - المحاماه المصرية - السنة (٢١) - ص ١٠٤٠ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٧ ص ٢٧ - الهامش رقم (١) .

وإذا كان الرضا يعد ركنا أساسيا لقيام العقد - **أى عقد من العقود** - فإنه يجب لكى يقوم العقد ، أن يتراضى عليه أطرافه ، ويتم التراضى بالتعبير عنه ، أى بالتعبير عن إرادة المتعاقدين - **صراحة ، أو ضمنا ، باللفظ ، أو الكتابة ، أو الإشارة المعهودة** [1] .

وينبغى أن تنصرف إرادة كل من أطراف الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إلى اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** . فإذا انصرفت إرادة أحدهم إلى عدم وجود شرط التحكيم ، أو مشارطته ، فلانكون بصدد اتفاق على التحكيم ، لاشتراط إنصراف إرادة كل أطراف الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إلى اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** [2] .

---

(1) فى وجود الرضا ، والتعبير عنه بصفة عامة فى العقود ، أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى - شرح القانون المدنى (النظرية العامة للإلتزامات - نظرية العقد) - طبعة دار إحياء التراث العربى - بيروت - بند ١٥٣ ص ١٤٧ ومابعدها ، عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٤٢ ومايليه ص ٩٥ ومابعدها .

(٢) أنظر :

PACAL - ANCEL : **Juris - Classeur . procedure civile . Fasc. 1022 . ou commercial . Fasc . 211 . N . 96 .**

فالإرادة المنفردة لأحد أطراف الإتفاق علـــى التحكيــم - **شــرطا كــان ، أم مشارطة** - بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فــــى منازعاتـــهم " **الحالــة القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملـــة ، وغــير المحـــددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم "** ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئـــات غـــير قضائيـــة - **دون المحـــاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** ، لاتكفى لانعقـــاده ، بـــل لابد من وجود إرادات متطابقة فى هذا الشأن .

وإذا تلاقت إرادات أطراف الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشـــارطة " أى تم تبادل الإيجاب - والقبول** ، فإن تراضى الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فــــى منازعاتـــهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملـــة ، وغـــير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم "** ، عن طريـــق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئـــات غـــير قضائيـــة - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - يكون قـــد تـــم ويكون الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - قـــد انعقـــد ، إذا ماتوافر الركنان الآخران [1] .

ولما كان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - هـــو عقـــدا كغيره من العقود ، فإنه ينعقـــد بـــتراضى **Consentement** الأطـــراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على لإلتجاء إلى نظـــام التحكيـــم

والنظر أيضا : رضا محمد إبراهيم عبيد - شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - مقالة منشـــورة بمجلة الدراسات القانونية - كلية الحقوق - جامعة أسيوط - العدد السادس - يونيو - ســـنة ١٩٨٤ - بند ١١ ومايليه ص ١٢٩ ومابعدها .

[1] أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى - المرجع السابق - بند ٢٣٠ ومايليه ص ٢٣٧ومابعدهـــا

للفصل في منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " **مشارطة التحكيم** " ، أو **المحتملة** ، وغير المحددة " **شرط التحكيم** " **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل في موضوعها** . والإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – يعد من هذه الزاوية عقدا رضائيا [1] ، يتم بالإيجاب ، والقبول ، ، فلم تشترط الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – شكلا خاصا لشرط التحكيم ، أو مشارطته " [٢] .

فللأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أن يحرروه بأى شكل كان – **شأنه شأن سائر العقود الرضائية الأخرى** – دون التقيد بأية ألفاظ معينة [٣] .

فالإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – هو عقدا رضائيا ، ملزما لأطرافه المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ومن عقود المعاوضة

---

(1) أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ٩١٩ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – المرجع السابق – الجزء الأول – ص ٢٩٤ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٢٤ ومابعدها . وأنظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٣/٢/٢٤ – فى الطعن رقم (٤٨٩) – لسنة (٣٧) ق – س (٢٤) – ص ٣٢١ .

(٢) وإن كان تنفيذ شرط التحكيم يعتبر أمرا إحتماليا ، لأن تنفيذه يكون مرتبطا باحتمال قيام النزاع فى المستقبل ، أو عدم قيامه ، حيث أن شرط التحكيم يواجه منازعات محتملة ، وغير محددة ، أنظر :

M . HAYS et G . REUTGEN : L'arbitrage en droit Belge et international . Bruxelles . 1981 . N . 34 . p . 14 et s .

(٣) أنظر : حكم محكمة مصر الإبتدائية – جلسة ١٩٣٢/٦/٧ – المحاماه المصرية – ص ١٤ – ص ٢١ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٨ ص ٢٧ – الهامش رقم (٣) .

ولذلك ، يكفى لانعقاده سلامة رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** – من العيوب التى تفسده [1] .

وإذا ماكان الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – يتم – **كسائر العقود** – بتراضى أطرافه المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** – فإنه لايشترط لصحته أن يتم فى زمن معين . فقد يتم قبل نشأة النزاع – **موضوع الإتفاق على التحكيم** – أصلا بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " – **كما فى حالة شرط التحكيم** – وقد يتم بعد نشأة النزاع – **موضوع الإتفاق على التحكيم** – بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " – **كما فى حالة مشارطة التحكيم** . وقد يصح الإتفاق على التحكيم أيضا حتى بعد رفع الدعوى القضائية إلى القضاء العام فى الدولة – **فى بعض الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز ذلك** [2] .

---

(1) **أنظر : توفيق حسن فرج – نظرية الإستغلال فى القانون المدنى المصرى – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – لكلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – سنة ١٩٥٧ – ص ١١٦ ومابعدها .**

رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية – دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها والفصل فى موضوعها – لايفترض ، وإنما لابد من وجود الدليل عليه :

إذا كان رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " **مشارطة التحكيم** " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " **شرط التحكيم** " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** – يعد ركنا أساسيا للإتفاق عليه ، فإن هذا الرضاء لايفترض ، بل لابد من وجود الدليل عليه [1] ، لأن الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان أم مشارطة** – يشكل خروجا على الأصل العام فى التقاضى العام فى الدولة

---

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٣٣ ص ٩٩ . حيث أورد سيادته تطبيقا تشريعيا لذلك فى المادة (٨٢) من قانون إجراءات المحاكم المدنية بأبو ظبى رقم (٣) لسنة ١٩٧٠ ، والتى تنص على أنه :

" يجوز للمحكمة بطلب من أطراف الدعوى أن تحيل للتحكيم كل نقاط النزاع المعروضة أمامها أو بعضا منها " .

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٢/١/١٣ – مجموعة الربع قرن – ص ٢٩٧ ، ١٩٥٦/٤/١٢ – مجموعة المكتب الفنى – س (٧) – ص ٥٢٢ ، ١٩٦٦/٥/٢٤ – مجموعة المكتب الفنى – س (١٧) – ص ٢٤٣ .

الحديثة ، فكان لابد من التعبير عنه صراحة ، وعدم افتراضـــه ، باعتبــاره نظاما إستثنائيا ، يتضمن خروجا على الأصل العام فى اختصـــاص القضــاء العام فى الدولة الحديثة بالفصل فـــى جميـــع المنازعــات بيــن الأفــراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** . لذلك يجب أن يتـــم تخصيــص نظــام التحكيم بالذكر فى الإتفاق عليه بين الأطراف المحتكمين " **أطــراف الإتفــاق على التحكيم** " - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو الإحالة إليه بوجه خاص .

والغالب أن يقع التعبير عن إرادة أطراف الإتفاق على التحكيم - **شــرطا كان ، أم مشارطة** - على اتخاذ نظام التحكيم وسيلة ، للفصل فى منازعاتــهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة** " **مشارطة التحكيم** " ، **أو المحتملــة ، وغــير المحددة** " **شرط التحكيم** " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عـــن طريــق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئـــات غــير قضائيــة - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعـــها** - صريحــا ، فيبرم الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " مشارطة تحكيــم يتفقون فيها على إحالة النزاع الذى نشأ فعلا بينهم ، لحظـــة الإتفــاق علــى التحكيم إلى هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائيــة - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فـــى موضوعــها** ، أو يدرجون نصا فى العقد الأصلى - **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمــن شرط التحكيم** - على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، عند نشأة النزاع المحتمــل وغير المحدد ، بينهم فى المســتقبل ، والمتعلــق بتنفيــذه ، أو تفســيره ، أو يوقعون مشارطة التحكيم ، أو العقد النموذجى الذى يتضمن شرط التحكيــم ، أو يتبادلون الوثائق المكتوبة - **كالرسائل ، أو البرقيـــات ، أو غيرهـــا مـــن وسائل الإتصالات الحديثة ، والتى تظهر بوضوح إبرامـــهم للإتفـــاق علـــى التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة** . وفى جميع الأحـــوال - **ولمـــا لشـــرط التحكيم من أهمية** - فإنه يلزم أن تكون إرادة الأطراف المحتكمين " **أطـــراف الإتفاق على التحكيم** " على الإلتجاء إلـــى نظـــام التحكيـــم ، للفصـــل فـــى

منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم "** ، **أو المحتملة وغير المحددة " شرط التحكيم "** لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - صريحة وواضحة .

غير أن التعبير عن الإرادة لايقع دائما بمثل هذه الصراحة ، فيثير تفسيرها بعض الصعوبات . فإذا انضم أشخاص آخرون إلى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإنه يجب أن يكون انضمامهم لهذا الإتفاق صريحا ، فلايفترض لمجرد دخولهم ، أو اشتراكهم فى علاقة الأطراف الأصليين فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** . وإذا أحال الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " صراحة إلى الشروط العامة المتضمنة لشرط التحكيم ، فإنه يكون من الواجب الإحالة إلى شرط التحكيم صراحة [1] .

ذلك أن المعاملات الدولية تقتضى صورا أكثر تعقيدا ، حيث الشائع أن يتفاوض الأطراف ذوو الشأن على مجرد العناصر الأساسية للعملية موضوع التعاقد " **الثمن ، خصائص المبيع ، موعد التسليم ، إلخ .** " ، مكتفين بإرفاق شروط عامة ، ومطبوعة ، ومعدة بواسطة أحد الطرفين فى ظهر الإتفاق ، أو بالإحالة إلى الشروط النموذجية ، والموضوعة بواسطة إحدى الهيئات الدولية المتخصصة . ولما كانت الشروط العامة الملحقة ، أو الشروط النموذجية المحال إليها بنص خاص تتضمن عادة شروطا للتحكيم ، فإنه يثور التساؤل عندئذ عما إذا كان يوجد رضاء من الأطراف ذوى ، للإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة** "

---

(1) أنظر : محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - محاضرات ألقيت على طلبة دبلوم الدراسات العليا فى القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٧٣ / ١٩٧٤ - على الآلة الكاتبة - ص ١٠١ .

مشارطة التحكيم " ، أو **المحتملة ، وغير المحددة** " شرط التحكيم " لحظـــة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشـــكل مـــن أفـــراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصـــلا بتحقيقـــها والفصل فى موضوعها** – من عدمه [1] ؟ .

وفى عقد النقل البحرى بسند شحن [2] ، فإنه ينـــدر أن يتضمـــن ســـند الشحن شرطا للتحكيم ، فى حين يغلب صدور هذا العقد بموجـــب مشـــارطة إيجار للسفينة ، محيلا لنصوص هذه المشارطة . والتى من بينـــها ، شـــرطا للتحكيم . ومن هنا يثور التساؤل **هل** يعتبر حامل سند الشحن قـــد ارتضـــى بالإتفاق على التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار ؟ . وما هى شروط توافر هـــذا الرضاء ؟ . وهل تعد الإحالة إلى الوثيقة الأخرى – **والتى هـــى مشـــارطة الإيجار** – كافية للقول بانصراف نية الأطراف ذوى الشأن فى سند الشحن إلى اختيار نظام التحكيم الوارد ضمن محتوياتها ، طريقا للفصل فى منازعاتـــهم المحتملة ، وغير المحددة " **شرط التحكيم** " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائيـــة – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** ؟ . أم يجب أن تكون الإحالة إلى المشارطة إحالة خاصة ، وواضحة ، ومحددة إلى شـــروط التحكيم الوارد بها ؟ .

---

(1) فى محاولة الرد على هذه التساؤلات ، أنظر : **عاطف محمـــد راشـــد الفقـــى** – التحكيـــم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٤٧ ومابعدها .

(٢) فى بيان أحكام عقد النقل البحرى بسند شحن ، أنظر : **نادية محمد معوض ، عـــاطف محمـــد راشد الفقى** – قانون التجارة البحرية – ١٩٩٦ – مطابع الولاء الحديثة بشبين الكوم – المنوفيـــة – ص ٣٢٨ ، ومابعدها .

ففى مجال عقود النقل البحرى ، حيث كثيرا ماينص فى عقد نقل البضائع على سريان كافة شروط عقد استئجار السفينة [٢] ، ويحتوى هذا العقد الأخير على شرط للتحكيم ، وتبرز حينئذ أهمية حسم مسألة وجود اتفاقا على التحكيم للفصل فى المنازعات الناشئة عن عقد نقل البضائع ، عن طريق نظام التحكيم الوارد فى عقد استئجار السفينة ، رغم أن أطراف التعاقد يختلفون فى كل من العقدين ، وليست هناك علاقة - **ولو غير مباشرة** - تربط المستفيد فى عقد النقل البحرى بمالك السفينة [١] .

والفرض عندئذ أن العقد المبرم بين الأطراف ذوى الشأن - **وهو سند الشحن ، والذى نشأت المنازعة بمناسبته** - لايتضمن اتفاقا على التحكيم ، فى حين أشار هذا العقد إلى تطبيق شروط عقد آخر ، يكون قائما بين الأطراف ذوى الشأن - **وهو مشارطة الإيجار** -للإرتباط بينهما ، فما مدى تأثير الإتفاق على التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار على العلاقات الناشئة عن سند الشحن الذى يحيل إليها ؟ .

وما هو تأثير هذه الإحالة الواردة فى سند الشحن إلى شروط مشارطة الإيجار على رضاء الشاحن ، أو الغير حامل سند الشحن ، أو المرسل إليه أو المؤمن على البضاعة ، أو المستأجر من الباطن ، أو من ظهر إليه السند ممن لم يكونوا أطرافا فى مشارطة الإيجار المحال إليها ؟ . وهل تكفى هذه الإحالة لتوافر الرضا فى حق هؤلاء ؟ . وهل يشترط شكلا خاصا ، أو صيغة معينة لتلك الإحالة ؟ . وبمعنى آخر ، هل تكفى الإحالة العامة لشروط مشارطة الإيجار ، لالتزام من لم يكن طرفا فيها ، أو لالتزام حامل

---

(١) فى دراسة أحكام الإتفاق على التحكيم البحرى بالإحالة فى القضاء الوطنى " فرنسا ، إنجلترا ، الولايات المتحدة الأمريكية ، ومصر " ، والمعاهدات الدولية ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٤٧ ومابعدها .

سند الشحن بشرط التحكيم الوارد بها ؟ . أم هل يستلزم الأمر إحالة خاصة إلى شرط التحكيم نفسه ؟ . وهل تقتصر الإجابة على هذا التساؤل على بحث شرط الإحالة الوارد بسند الشحن ؟ . أم هل يجب أن يمتد البحث لشرط التحكيم نفسه ، والوارد بمشارطة الإيجار المحال إليها ؟ [(١)]، [(٢)]، [(٣)]

---

(١) فى محاولة الإجابة على هذه التساؤلات من جانب القضاء الوطنى ، وفقه القانون الوضعى فى كل من مصر ، فرنسا ، انجلترا ، الولايات المتحدة الأمريكية ، بعض القوانين الوضعية ، والمعاهدات الدولية ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٤٨ ومابعدها .

(٢) فوفقا لقضاء فرنسى ثابتا ، ومستقرا منذ وقت طويل ، فإنه : " ينبغى للإحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار ، على حامل سند الشحن الذى أحال إلى شروطها ، أن يتوافر فى حقه العلم الثابت بشرط التحكيم الوارد ضمن بنود مشارطة الإيجار المذكورة ، والقبول اليقينى المؤكد لهذا الحامل لهذا الشرط التحكيمى ، بأن تكون الإحالة الواردة بسند الشحن هى إحالة خاصة ، وواضحة ، ومحددة لشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار المحال إليها ، أو بأن يرفق نص المشارطة بسند الشحن ، أو بأن يتم إبلاغ هذا الحامل بنص مشارطة الإيجار المذكورة بطريقة ثابتة ، ومؤكدة ، لاتدع مجالا للشك فى أن هذا الحامل لسند الشحن قد علم بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة ، وأبدى رضاء كاملا بهذا الشرط ، نظرا لخطورته ، ولأنه لم يكن طرفا فى مشارطة الإيجار ، ليحتج بها ، وبنصوصها عليه ، كما لم يكن شرط التحكيم مدرجا بسند الشحن الذى يحمله ، حتى تنتفى شبهة عدم وجود رضاء هذا الحامل ، عن طريق إذعانه لهذا الشرط التحكيمى " . أنظر :

Aix . 9 Dec . 1960 . D . M . F . 1961 . p . 163 ; Trib . Com . Nantes . 3 Avril . 1980 . D . M . F . 1981 . p . 247 ; Aix – en – Provence . 13 Janv . 1988 . Rev . Arb . 1990 . P . 617 .

(٣) قضت محكمة النقض الفرنسية أنه : " حامل سند الشحن الصادر تنفيذا لمشارطة إيجار بالرحلة ، لايمكن أن يحتج عليه بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار ، والذى لم يكن موجودا بسند الشحن ، ولم يكن موضوعا لقبول مؤكد من جانب حامله " . أنظر :

Cass . Com . 4 Juin . 1985 . D . M . F . 1986 . P . 106 . Note : R . ACHARD

وفى إطار المعاملات الجارية بين الأطراف ذوى الشأن ، فإنه من المتصور أن يتم الإتفاق فى صدد عقد جديد بالإشارة إلى شروط عقد قائم ، أو سابق ، ويكون هذا الأخير مشتملا على شرط للتحكيم . كما يتحقق وضعا مماثلا فى حالة تجديد ذات العقد الذى تضمن شرطا للتحكيم . ومن ثم ، فإنه يثور التساؤل عن مدى تأثير هذا الإرتباط ، أو هذه الإستمرارية بالنسبة لإمكانية القول بتوافر وجود الرضا بالإتفاق على التحكيم ، فى شأن العلاقة الناشئة عن العقد الجديد ؟ .

وكثيرا مايثور التساؤل عما إذا كان الطرفان قد وافقا على نحو ينتج آثاره القانونية على شرط التحكيم ، فيما يتصل بالعقود التجارية التى يتم إبرامها عن طريق المراسلات ، والعقود الشفوية التى يتم تعزيزها بالكتابة والعقود التى تتضمن شروطا للتحكيم ، تحتويها الشروط العامة للعقد ، أو للنماذج الأخرى التى يعدها أحد الأطراف ذوو الشأن .

ذلك أن نقطة البداية فى النظام القانونى للتحكيم هى ضرورة التأكد من وجود الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لخطورة الأثر الجوهرى الذى يترتب على مثل هذا النوع من الإتفاقات ، ألا وهو سلب القضاء العام الدولة الحديثة إختصاصه الأصيل لصالح قضاء خاص يرتضيه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة وغير المحددة " شرط التحكيم "** لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى** . فلابد من التحقق من أن إرادة الأطراف ذوى الشأن قد اتجهت بالفعل إلى الإلتجاء لنظام التحكيم للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم "** لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات

غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصـــلا بتحقيقـــها ، والفصـــل فـــى موضوعها** – وأن هناك تلاحما غير مجحود فى التعبـــير عـــن إرادة كافـــة الأطراف المعنية ، على نحو يمكن معه الإطمئنان إلى أنهم قد قصدوا حقيقـــة إقامة قضاء خاص ، يتولى مهمة الفصل فى منازعاتهم " **الحالـــة ، القائمـــة والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملـــة ، وغـــير المحـــددة " شـــرط التحكيم** " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريـــق هيئـــة تحكيـــم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصـــة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها .**

فالمعاملات . وخاصة ، الدولية منها ، تقتضى صورا أكثر تعقيدا ، من شـأنها أن تثير كثيرا من المشاكل العملية التى تواجه القضاء العام فى الدولة الحديثـة فيما يتعلق بوجود الرضا بالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة .**

والعبرة أن تنصب إرادة الأطراف ذوى الشأن ، وتكشف عن رغبتهم فى عـدم الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة الحديثة ، والإلتجاء إلى نظـام التحكيـم للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيـــم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم** " لحظة إبـــرام الإتفـــاق علـــى التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عـــاديين ، أو هيئـــات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصـــلا بتحقيقـــها ، والفصـــل فـــى موضوعها .**

تطبيقات قضائية لضرورة التـــأكد مـــن وجـــود رضـــاء الأفـــراد والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فـــى منازعاتـــهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملـــة وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئـــات

غير قضائية – دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل في موضوعها [1] :

أولا :

تطبيقات قضائية لضرورة التأكد من وجود رضاء الأفراد والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل في منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل في موضوعها – في القضاء الفرنسي :

ينبغي أن ينصب رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل في منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم "** أو المحتملة ، وغير المحددة " **شرط التحكيم** " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل في موضوعها** . بمعنى ، أن يكون التصرف الإرادي للأطراف ذوي الشأن ينصب على إسناد مهمة الفصل في منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم "** ، أو المحتملة ، وغير المحددة " **شرط التحكيم** " لحظة

---

(1) في تطبيق الإلتزام بالتأكد من وجود الرضا بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل في المنازعات " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل في موضوعها في ظل التنظيم في الإتفاقيات الدولية ، أنظر : سامية راشد – التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – بند ١٩١ ومايليه ص ٣٥٦ ومابعدها .

إبرام الإتفاق على التحكيم " ، لهيئة تحكيم ، تتشكل من أفـــراد عـــاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فـــى موضوعها** – للقيام بوظيفة القضاء الخاص ، حيث أنها تصدر فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم حكم تحكيم ، يكون حاسما له . وهذه الحقيقـــة هى التى تميز نظام التحكيم عما عداه من الصـــور الأخـــرى للفصـــل فـــى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – **كالتوفيق ، والتصـــالح ، والإلتجـــاء إلى نوع من الخبرة الفنية** – لمحاولة الوصول إلى تسوية عن طريـــق أحـــد الأشخاص ، أو الهيئات المتخصصة [١] . **وأهم مقتضيين لهذه الخصيصـــة هما :**

المقتضى الأول :

إسناد وظيفة أقرب إلى ممارسة ســـلطة القضـــاء إلـــى أشـــخاص ، يتميزون بأنهم ليسوا قضاه معينين من قبل السلطة العامة فى الدولة .

والمقتضى الثانى :

أن أولئك الأشخاص الذين يطلق عليهم إسم " هيئة تحكيـــم " يقومـــون بمهمة حاسمة بذاتها للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كـــان ، أم مشارطة – وغير قابلة للمشاورة من جانب أية جهة .

موقف القضاء الفرنسى يكون ثابتا ، ومستقرا ، ومحددا من مسألة ضرورة التأكد من وجود رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلـــى نظـــام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " الحالة ، القائمـــة ، والمحـــددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغـــير المحـــددة " شـــرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريـــق هيئـــة

---

(١) فى تمييز نظام التحكيم عن غيره من وسائل الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، أنظر :

LEVEL : Juris – Classeur . Droit international . V . 1 . Fasc . 585 . Para . 2 .

تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائيــة – دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها :

موقف القضاء الفرنسي يكون ثابتا ، ومستقرا ، ومحـــددا مـــن مســألة ضرورة التأكد من وجود رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلـــى نظـــام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحـــددة " مشـــارطة التحكيم** " ، **أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيـــم " لحظـــة إبـــرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفـــراد عـــاديين أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصـــل فى موضوعها** .

فهناك تكييفا مبدئيا يجب القيام به ، للتأكد من أن هناك اتفاقا ينصـــب علـــى مايصدق فى شأنه وصف التحكيم ، وعلى قاضى الموضوع أن يستخلص من واقع الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيـــها ، وظـــروف الحـــال حقيقة مقصود الأطراف ذوى الشأن من الإتفاق [١] . ومتى استخلص الوقـــائع الصحيحة فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها ، وجب عليـــه وصفها وصفا مطابقا لأحكام القانون فى هذا الشأن ، أى وجب عليه إرســـاء القاعدة القانونية الصحيحة فى التكييف ، وهو يخضع فى هذا الشـــأن لرقابـــة محكمة النقض .

كما يجب على القاضى العام فى الدولة أن يراعى كامل الحيطـــة ، والحـــذر عند تكييف الإتفاق المبرم بين الأطراف ذوى الشأن ، فلا يعتبره اتفاقا علـــى التحكيم ، إلا إذا وضحت تماما اراداتهم ، وكانت تهدف بجلاء إلى هـــذا ، لأن نظام التحكيم هو استثناء من الأصل العام فى التقـــاضى العـــام فـــى الدولـــة الحديثة ، فلا يجبر شخص على سلوكه ، ولايحرم من الإلتجاء إلى القضـــاء العام فى الدولة الحديثة ، إلا عن رضا ، واختيار .

ووفقا لقضاء فرنسى ثابتا ، ومستقرا منذ وقت طويل ، فإنـــه . " **ينبغـى للإحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار ، على حامل سند الشـحن الذى أحال إلى شروطها ، أن يتوافر فى حقه العلم الثابت بشـرط التحكيم الوارد ضمن بنود مشارطة الإيجار المذكورة ، والقبول اليقينى المؤكد لـهذا الحامل بهذا الشرط التحكيمى ، بأن تكون الإحالة الواردة بسند الشحن هـى إحالة خاصة ، وواضحة ، ومحددة لشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجـار المحال إليها ، أو بأن يرفق نص المشارطة بسند الشحن ، أو بأن يتم إبـلاغ هذا الحامل بنص مشارطة الإيجار المذكورة بطريقة ثابتة ، ومؤكدة ، لاتـدع مجالا للشك فى أن هذا الحامل لسند الشحن قد علم بشرط التحكيـم الـوارد بالمشارطة ، وأبدى رضاء كاملا بهذا الشرط ، نظرا لخطورته ، ولأنه لـم يكن طرفا فى مشارطة الإيجار ، ليحتج بها ، وبنصوصها عليه ، كمـا لـم يكن شرط التحكيم مدرجا بسند الشحن الذى يحمله ، حتى تنتفى شبهة عـدم وجود رضاء هذا الحامل ، عن طريق إذعانه لهذا الشرط التحكيمى** " (١) .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية أنه : " **حتى نكون بصدد تحكيـم – حسب المفهوم المستقر عليه لنظام التحكيم – يتعين التحقق مـن أن إرادة الأطراف ذوى الشأن قد اتجهت بالفعل إلى تخويل ذلك الغير ، أو الشـخص الثالث سلطة قضائية** " (٢) .

---

(١) أنظر :

Aix . 9 Dec . 1960 . D . M . F . 1961 . p . 163 ; Trib . Com . Nantes . 3 Avril . 1980 . D . M . F . 1981 . p . 247 ; Aix – en – Provence . 13 Janv . 1988 . Rev . Arb . 1990 . P . 617 .

(٢) أنظر :

Cass . Civ 25 Mai . 1962 . Rev . Arb . 1975 . P . 302 . Note : LOQUIN ; Cass . Civ 7 Juin . 1978 . Rev . Arb . 1979 . P . 34 . Note : ROLAND .

مشارا لهذين الحكمين القضائيين فى سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصـة - الرسـالة المشار إليها – بند ١٩٠ ص ٣٥٥ – الهامش رقم (١) .

وقضت بأنه : " حامل سند الشحن الصادر تنفيذا لمشارطة إيجـار بالرحلـة لايمكن أن يحتج عليه بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار ، والذى لـم يكن موجودا بسند الشحن ، ولم يكن موضوعا لقبـول مؤكـد مـن جـانب حامله " [1] .

وقضت محكمة استئناف باريس [2] – طعنا فى الحكم القضائى الصـادر من هيئة تحكيم هضبة الأهرام ، الصادر فى ١٩٨٣/٢/١٦ ، ضـد الدولـة المصرية : " بإلغاء الحكم القضائى المطعون فيه ، لصدوره بـدون وجـود شرط للتحكيم من جانب الحكومة المصرية ، على أساس أن مصر لم تجـر فى اتفاقياتها على قبول شرط التحكيم لغرفة التجارة الدولية . فضلا عـن أن توقيع الهيئة العامة للسياحة ، والفنادق " إيجوت " – وهى شخصية قانونية مستقلة عن الدولة المصرية – على العقد المشتمل علـى شـرط التحكيـم لايعنى قبول مصر – كدولة – لهذا الشرط ، ولاإلزامها به . بالإضافة إلى أن توقيع مصر على العقد الأصلى المبرم فى ١٩٧٤/٩/٢٣ ، والذى أشار فيـه إلى قانون الإستثمار المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ [3] ، والذى يجـيز

---

(١) أنظر :

Cass . Com . 4 Juin . 1985 . D . M . F . 1986 . P . 106 . Note : R . ACHARD

(٢) أنظر :

Appel de Paris . 12 Juillet . 1984 . Journal du droit international . 1985 . P . 130 ets .

وانظر فى عرض هذا النزاع : إبراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولى الخاص – بدون دار نشـر – بدون تاريخ – ص ٦٣ وما بعدها ، محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيـم التجـارى الدولى – ١٩٨٦ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٦٦ ومابعدها – القاعدة رقم (١٣) .

(٣) صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ بنظام استثمار المال العربى ، والأجنـبى ، والمناطق الحرة ، معدلا بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٧ – والمنشور بالجريدة الرسميـة

فى (٢٧) يونيو – سنة ١٩٧٤ – العدد رقم (٢٦) ، والجريدة الرسمية فى (٩) يونيو سنة ١٩٧٧ – العدد رقم (٣٣) (تابع) – لتشجيع الإستثمارات الأجنبية على القدوم إلى مصر ، من أجل معاونة الدولة ، وأجهزتها العامة على تحقيق الخطط الإقتصادية القومية .

ومن بين المزايا التى قررها القانون الوضعى المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ بنظام استثمار المال العربى ، والأجنبى ، والمناطق الحرة ، معدلا بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٧ لشركات الإستثمار فى مصر ، الإعتراف لها بحرية الإتفاق على التحكيم – شرطا كان كان ، أم مشارطة – كوسيلة للفصل فى منازعاتها .

ولقد اختار هذا القانون الوضعى المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ بنظام استثمار المال العربى ، والأجنبى ، والمناطق الحرة ، معدلا بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٧ نظام التحكيم الذى يتم فى مصر ، دون التقيد بالقيود الإجرائية المقررة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى ، مفضلا إياه على طريق القضاء العام فى الدولة ، ومايستغرقه عادة من وقت طويل . وكذلك ، على التحكيم الذى يتم فى الخارج ، برياسة محكم ، أو محكمين أجانب ، ومايستتبعه من نفقات ، ووقت ، رغم تفضيل المستثمرين الأجانب عادة للطريق الأخير ، لما يفترض فيه من أنه أقل تأثرا بالمصالح الوطنية من التحكيم الوطنى .

ولم يقصر القانون الوضعى المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ بنظام استثمار المال العربى ، والأجنبى ، والمناطق الحرة ، معدلا بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٧ إختصاص هيئة التحكيم على أنواع معينة من المنازعات بحسب موضوعها ، وإنما جعل مناط الإختصاص هو أطراف المنازعة ، والراغبة فى الإلتجاء إلى التحكيم " تحديد الإختصاص على أساس شخصى ، وليس على أساس موضوعى " . بحيث تختص هيئة التحكيم بالنظر فى جميع المنازعات التى قد تدور بين الأطراف ، والتى ورد تعدداها فى المادة (٣٨) من القانون الوضعى المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ بنظام استثمار المال العربى ، والأجنبى ، والمناطق الحرة ، معدلا بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٧ ، وهى :

أ – المنازعات بين المنشآت التى تقام فى المناطق الحرة .

ب – المنازعات بين إحدى المنشآت المذكورة ، والهيئة العامة لاستثمار المال العربى ، والمناطق الحرة .

ج – المنازعات بين إحدى المنشآت المذكورة ، وأى سلطة ، أو جهاز إدارى آخر فى مصر ، له صلة بنشاط العمل بالمنطقة المذكورة .

د – المنازعات بين إحدى المنشآت المذكورة ، وشخص طبيعى – سواء كان من الوطنيين ، أم من الأجانب – بشرط قبول الأخير إحالة النزاع إلى التحكيم – سواء تم ذلك قبل وقوع النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو بعده .

ولايستفيد من هذه المزية شركات الإستثمار الأجنبية فحسب ، وإنما يستفيد منها المستثمر الوطنى أيضا ، طالما أنه قد استثمر مالا يصدق عليه وصف المال المستثمر – طبقا للمادة الثانية من القانون الوضعى المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ بنظام استثمار المال العربى ، والأجنبى ، والمناطق الحرة ،

معدلا بالقانون الوضعي المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٧ - وهو مايستفاد من عموم النصوص القانونية الوضعية التى وردت فى هذا القانون بشأن التحكيم .

ولقد نصت المادة (١/٨) من القانون الوضعي المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ الخاص بنظام استثمار المال العربي ، والأجنبي ، والمناطق الحرة - والمعدل بالقانون الوضعي المصرى رقم (٣٢) لسنة - ١٩٧٧ على أنه :

" تتم تسوية منازعات الإستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التى يتم الإتفاق عليها مع المستثمر .. " .

كما نصت المادة (٢/٨٠) من القانون الوضعي المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ بنظام استثمار المال العربي ، والأجنبي ، والمناطق الحرة ، معدلا بالقانون الوضعي المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٧ على أنه " يجوز الإتفاق على أن تتم تسوية المنازعات بطريق التحكيم " .

والنص القانونى الوضعي الأول أعم ، وأشمل من النص القانونى الوضعي الثانى ، لأن النص على تسوية المنازعات بالطريقة التى يتم الإتفاق عليها مع المستثمر ، يفيد أنه وكما يجوز الإتفاق على تسوية هذه المنازعات بطريق التوفيق ، أو بطريق الصلح ، أو بالطرق الأخرى المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون الوضعي المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ بنظام استثمار المال العربي ، والأجنبي ، والمناطق الحرة ، معدلا بالقانون الوضعي المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٧، فإنه يجوز كذلك الإتفاق على حصول هذه التسوية بطريق التحكيم .

أما الفقرة الثانية من نفس المادة ، فقد خصصت التحكيم بالذكر - كوسيلة للفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات -- ويرجع هذا الفارق - فيما يبدولنا - إلى اختلاف الأشخاص المخاطبين بنص الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون الوضعي المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ بنظام استثمار المال العربي ، والأجنبي ، والمناطق الحرة ، معدلا بالقانون الوضعي المصرى رقم (٣٢) لسنة ١٩٧٧ ، عن الأشخاص المخاطبين بنص الفقرة الثانية من هذه المادة . فالمخاطبون بنص الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، هم المستثمرون من جهة ، والحكومة المصرية من جهة أخرى ، متى تعلق النزاع بتنفيذ أحكام القانون الوضعي المصرى رقم (٤٣)) لسنة ١٩٧٤ الخاص بنظام استثمار المال العربي ، والأجنبي ، والمناطق الحرة - والمعدل بالقانون الوضعي المصرى رقم (٣٢) لسنة - ١٩٧٧ . أما المخاطبون بنص الفقرة الثانية من المادة المذكورة ، فهم المستثمرون ، وأى شخص آخر من الشركاء ، أو الغير ، بالنسبة لأى نزاع ينشأ عن نشاط المستثمر

وفى الحالتين ، فإنه يجوز الفصل فى المنازعات بطريق التحكيم - سواء أخذ الإتفاق صورة شرط للتحكيم ، أم صورة مشارطة تحكيم ، وهو مايكون بعد وقوع النزاع فعلا . ويؤيد هذا التفسير ماقضت به المادة (٤٥) من القانون المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ الخاص بنظام استثمار المال العربي ، والأجنبي ، والمناطق الحرة - والمعدل بالقانون الوضعي المصرى رقم (٣٢) لسنة - ١٩٧٧من أنه :

" يجوز الإتفاق على تسوية المنازعات التى تنشأ بين المشروعات العامة المقامة بالمناطق الحرة ، أو بينها وبين المشروعات ، أو غيرها من السلطات والأجهزة الإدارية ذات الصلة بنشاط العمل بالمنطقة بطريق التحكيم .

كما يجوز للجنة التحكيم أن تنظر أيضا المنازعات التى قد تقع بين المشروعات المقامة بالمنطقة الحرة ، وبين الأشخاص الطبيعيين ، أو الإعتباريين – وطنيين كانوا أو أجانب – إذا قبل هؤلاء الأشخاص إحالة النزاع إلى لجنة التحكيم قبل أو بعد وقوعه " .

وصحة شرط التحكيم فى الأحوال المتقدمة لاتتوقف على صفة المتعاقد ، أو موضوع العقد .كما يصح شرط التحكيم وفقا للمادتين (٨) ، (٤٥) من القانون الوضعى المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ الخاص بنظام استثمار المال العربى ، والأجنبى ، والمناطق الحرة – والمعدل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة – ١٩٧٧ ، سواء كان المتعاقد تاجرا ، أم غير تاجر ، وسواء كان موضوع العقد تجاريا ، أم مدنيا .

وأخيرا ، فإن شرط التحكيم المقرر فى القانون الوضعى المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ الخاص بنظام استثمار المال العربى ، والأجنبى ، والمناطق الحرة – والمعدل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة – ١٩٧٧ يخضع فيما يتعلق بشكله ، إثباته ، مفهومه ، آثاره ، وبطلانه لقواعد التحكيم المقررة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية . فى دراسة اختصاص هيئات التحكيم المشكلة للفصل فى المنازعات فى المناطق الحرة ، والمتعلقة بشركات الإستثمار ، تشكيلها ، الإجراءات المتبعة أمامها ، والقانون الواجب التطبيق فى القانون الوضعى المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ الخاص بنظام استثمار المال العربى ، والأجنبى ، والمناطق الحرة – والمعدل بالقانون الوضعى المصرى رقم (٣٢) لسنة – ١٩٧٧، أنظر : إبراهيم شحاته – معاملة الإستثمارات الأجنبية فى مصر – ١٩٧٢ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٣٠ ومابعدها ، ص ٨٦ ومابعدها ، نسائل البابلى ، إبراهيم البرايرى – موسوعة الإستثمار – دار الفكر العربى بالقاهرة – بدون سنة نشر – ص ٩٢ ومابعدها ، حسنى المصرى – الجوانب القانونية لاندماج شركات الإستثمار فى شركة مساهمة عادية – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١١ ومابعدها ، شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٧/أ ص ١٨٢ ، ١٨٣ . محمد شوقى شاهين – الشركات المشتركة (طبيعتها ، وأحكامها فى القانون المصرى ، والمقارن) – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٨٧ – ص ٤٧٦ ، ٤٧٧ .

الفصل فى المنازعات بوسائل من بينها ، مركز تسوية منازعات الإستثمار C . R . D . I ، لايعتبر قبولا لشرط التحكيم الوارد فى العقد محل النزاع ولاتنازلا عن حصانتها " [1] ، [2] .

وحسنا ماتخذه القضاء الفرنسى من موقف بخصوص مسألة إثبات وجود رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** – حيث أحال المسألة إلى البحث فى حقيقة قصدهم . والقضاء الفرنسى فى بحثه لوجود وجود رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، **والمحددة " مشارطة التحكيم** " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " **شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - يبحث فى حقيقة قصد الأطراف ذوى الشأن من الإتفاق المبرم بينهم ، ليتأكد ماإذا كان مقصودهم من ذلك ، هو اختيارهم لنظام التحكيم كوسيلة للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام**

---

(1) فى لمحة تاريخية عن الإستثمارات الأجنبية فى مصر ، والقوانين الوضعية المصرية المتعاقبة فى هذا الشأن ، أنظر :

MOHAMED EL – SAYED ARAFA : Les investissements etrangeres en Egypte . These . Nantes . T . 1 , P . 12 et s .

(2) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٨ ص ٢٨ .

الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفـراد عـاديين أو هيئات غير قضائية – دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصـل في موضوعها - بصورة نهائية ، حيث تصدر حكم تحكيم ، يكـون ملزمـا لأطراف الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – ولاتشاركها فـي حسم النزاع أية سلطة ، أو جهة أخرى . والقضاء الفرنسي بذلك يتأكد مـن أن الأطراف ذوى الشأن يقصدون حقيقة نظام التحكيم ، وليس وسيلة أخـرى للفصل في منازعاتهم منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحـددة " مشـارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيـم " لحظـة إبـرام الإتفاق على التحكيم " – كالصلح ، أو التوفيق ، أو غير ذلك من وسـائل الفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات [1] .

ثانيا :

تطبيقات قضائية لضرورة التأكد من وجود رضـاء الأفـراد والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فـي منازعاتـهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملـة وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فـي موضوعها – في القضاء المصرى :

ينبغى التأكد من رضاء الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشـارطة التحكيـم " أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبـرام الإتفـاق علـى

---

[1] أنظر : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – المقالة المشار إليـها – بند ١٤ ص ٢٠٩ .

المحكم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عـاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحاكم المختصة أصـلا بتحقيقها ، والفصل في موضوعها . وضرورة القيام في هذا الصدد بتكييف مبدئي ، التـأكد مـن أن هناك اتفاقا بين الأطراف ذوي الشأن ينصب علـى اختيـار نظـام التحكيم الفصل في منازعاتهم " الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيـم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبـرام الإتفـاق علـى التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عـاديين ، أو هيئـات غير قضائية – دون المحاكم المختصة أصـلا بتحقيقـها ، والفصـل فـي موضوعها ، والإستخلاص من واقع الدعوى القضائية ، وظـروف الحـال حقيقة مقصودهم من الإتفاق المبرم بينهم .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " رضاء طرفي الخصومة هـو أساس التحكيم ، وأن العبرة أن تنصب إرادتهم ، وتشف عن رغبتـهم فـي النزول عن الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة ، وفي حسم الـنزاع عـن طريق التحكيم ، دون غيره من وسائل الفصل في المنازعات بين الأفـراد ، والجماعات - كالصلح مثلا [1] " .

كما قضى بأنه : لايعد تحكيما – وإن وصف بالتحكيم – الإتفـاق المكتـوب على تحكيم أحد المقاولين لتقدير نفقات البناء ، وأن يكون تقديـره نـهائيا متى كانت الورقة لاتدل في مجموعها على أنها مشارطة تحكيم ، ويزيد هـذا المعنى بيانا ، أن يرجع طرفاها إلى المحكمة للفصل في النزاع . فأحدهمـا يطلب غير ماقدره الخبير . والثاني يطلب اعتماد التقدير ، لأنه صادرا عـن محكم ، مما يدل على اعتقادهما وقت الإتفاق على أن القـاضي العـام فـي الدولة هو الذي سيحكم في الدعوى القضائية . فيجب علـى المحكمـة أن

---

(1) أنظر : نقض مدني مصري – جلسة ١٩٥٦/٤/١٢ – مجموعة المكتب الفني – س (٧) – ص ٥٢٢ .

تفصل فى الدعوى القضائية من جديد ، بحسبان أن الذى ندب للتحكيم ، لم يزد على أن يكون خبيرا " [1] .

وقضى أيضا بأنه : " إذا اتفق طرفا العقد على توسيط أشخاص آخرين ووقع الإتفاق بعد ذلك بين الطرفين ، فلا محل للدفع بأن هذا عقد تحكيم ، لم يستوف الشرائط القانونية المنصوص عليها قانونا بواسطة قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، لأن العبرة بما قصده المتعاقدان ، ويستفاد من نص العقد موضوع الدعوى القضائية أن الأشخاص الذين أطلق عليهم المتعاقدان عبارة محكمين ، لم يكونوا كذلك بالمعنى القانونى ، ولم يقصد المتعاقدان ذلك ، بل هم وسطاء بينهما ، لتقريب الإيجاب ، والقبول ، حتى يتم التعاقد . لذلك ، يصبح مثل هذا العقد إتفاقا تسرى عليه قواعد الإلتزامات العامة " [2] .

ولعل من أهم التطبيقات القضائية لعدم افتراض رضاء الأفراد والجماعات على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " الحالة القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها – هو : " الحال عندما يحيل سند الشحن إلى مشارطة الإيجار ، دون أن يذكر الشرط الخاص بالتحكيم ، كأن

---

[1] أنظر : حكم محكمة سوهاج الجزئية – الصادر فى ١٥ مايو سنة ١٩٣٩ – المحاماه المصرية – السنة (٢٠) – ص ٣٧٥ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٢٧ – الهامش رقم (٤) .

[2] أنظر : حكم محكمة الموسكى الجزئية – الصادر فى ٩ أبريل سنة ١٩٣١ – رقم (١٠٥) – قسم ثانى – السنة الرابعة عشر . مشارا لهذا الحكم القضائى فى الجدول العشرى الثانى – مجلة المحاماه المصرية – ص ٢٧٠– القاعدة رقم (١٣١) . وكذلك فى : عبد العزيز ناصر – قانون المرافعات – الجزء الثالث – مطبعة الإعتماد بمصر – ص ٢٥٣٣ – القاعدة رقم (١٠٢٠٩) .

ينص فى سند الشحن على أن تطبق على هذا السند شروط مشارطة الإيجار دون أن يذكر الجهة المختصة بنظر التحكيم ، أو دون أن يشير صراحة إلـى شرط التحكيم . ففى هذه الحالة ، لايعتد بشرط التحكيم فى علاقة الطرفيـن فى سند الشحن [1]

إذ الشرط أن ينص سند الشحن صراحة على شرط التحكيـم الـوارد فـى المشارطة ، ولايكتفى بالإشارة العامة إلـى تطبيـق شـروط المشـارطة ، تأسيسا على أن الإتفاق علـى التحكيـم - شـرطا كـان ، أم مشـارطة - لايفترض " [2]

وإذا كان الأمر كذلك ، إلا أن محكمة النقض المصريـة عندمـا تعرضـت لموضوع التحكيم فى صدد سندات الشحن ، كان لها موقفا آخر . ذلك أنـها حين تصدت لشرط التحكيم الوارد فى سند الشحن ، أو الذى يحيل فيه سـند الشحن إلى مشارطة الإيجار - سواء كانت إحالة عامة ، أو خاصة - إنتهت فى قضائها إلى أنه : " نفاذ شرط التحكيم فى مواجهة المرسل إليـه ، مـع اختلاف مظهر العلاقة ، واستندت فى ذلك إلى أن قانون التجـارة البحـرى المصرى يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن فى سند الشـحن ، باعتبـاره صاحب المصلحة فى عملية الشحن ، يتكافأ مركزه حينما يطالب بتنفيذ عقـد النقل ، ومركز الشاحن ، وأنه يرتبط بسند الشحن ، كما يرتبط به الشاحن ، ومنذ ارتباط الأخير به . ومقتضى ذلك ، أن يلتزم المرسـل إليـه بشـرط التحكيم الوارد فى نسخة سند الشحن المرسلة إليه ، باعتبـاره فـى حكـم الأصيل فيه . ومن ثم ، فلا يعتبر الشاحن نائبا عنه فى سند الشحن ، حتـى

---

(1) أنظر محمد رضا إبراهيم عبيد - المقالة المشار إليها - بند ١٤ ص ١٠٨

(2) أنظر عاطف محمد راشد الفقى التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليـها - ص ١٤٧ ومابعدها

يتطلب الأمر وكالة خاصة ، أو حتى يقال أن الشاحن قد تصرف فى شأن من شئون المرسل إليه ، وهو مالايملك حق التصرف فيه " [1] .

كما قضت كذلك بأنه : " لايشترط فى حالة صدور سند الشحن محيلا إحالة عامة إلى شروط مشارطة الإيجار أن يكون الشاحن قد وقع سند الشحن الذى لايعدو أن يكون فى هذه الحالة إيصالا باستلام البضاعة ، وشحنها على ظهر السفينة ، حتى يلزم المرسل إليه بشروط مشارطة الإيجار الذى صدر سند الشحن بموجبها ، ومن بينها شرط التحكيم ، باعتباره طرفا ذا شأن فى عقد النقل ، يتكافأ مركزه ومركز الشاحن مستأجر السفينة ، عندما يطالب بتنفيذ العقد الذى تثبته المشارطة [2] ، حيث تكفى الإحالة العامة الواردة فى سند الشحن إلى مشارطة الإيجار ، لالتزام حامل السند بشرط التحكيم الوارد فى تلك المشارطة ، كما تكفى مثل هذه الإحالة لالتزام المرسل إليه بهذا الشرط التحكيمى " [3] .

وكان هذا القضاء من جانب محكمة النقض المصرية قبل صدور قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٧/٢/٧ - س (١٨) - العدد الأول - ١٩٦٧ - ص ٣٠١ ، وحكم آخر بتاريخ ١٩٦٥/٦/١٧ - مجموعة المكتب الفنى - س (١٦) - ص ٧٧٨ . مشارا لهذين الحكمين القضائيين فى : أحمد حسنى - عقود إيجار السفن - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٣٢٣ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٥٧ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ٢/٩ /١٩٨١ - الطعن رقم (٤٥٣) - س (٤٢) . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد حسنى - عقود إيجار السفن - ١٩٨٥ - ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٥٨ .

(٣) أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٥٨ .

والتجارية . وتنص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه :

" يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد " .

وقد رأى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [١] – **وبحق** – أن نص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لن يغير شيئا فى موقف القضاء المصرى السابق من موضوع التحكيم فى صدد سندات الشحن ولن يكون موقفا جديدا ، فهذا النص القانونى الوضعى المصرى – **شأنه شأن النص القانونى الوضعى المصرى الأصلى المستقى منه – وهو نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون النموذجى للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى** – حيث أنه وإن أقر الإحالة العامة إلى الوثيقة المشتملة على شرط التحكيم ، إلا أنه لم ينظم بطريقة واضحة شروط هذه الإحالة ، أو متى تكفى الإحالة العامة الواردة فى اتفاق الأطراف ذوى الشأن ، لادماج شرط التحكيم الوارد فى الوثيقة ؟ .

وقد انتقد جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [٢] – **وبحق** – هذا القضاء من جانب محكمة النقض المصرية ، باعتباره تناقضا مع ماجرى عليه

---

(١) أنظر : عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٩ ، ١٦٠ .

(٢) أنظر : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – المقالة المشار إليها – ص ٢٠٨ ، ٢٥١ ، ٢٦٧، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٩ .

قضاءها فى خصوص شرط التحكيم ، من اشتراط اتفاق الأطراف ذوو الشأن عليه ، وأن رضاءهم هو أساس نظـــام التحكيـــم ، وأنـــه - أى **التحكيـــم** - لايفترض .

ذلك أن محكمة النقض المصرية قد افترضت قبول المرســـل إليـــه بشـــرط التحكيم ، بل فرضته عليه ، لاسيما وأن المطالع لحيثيات أحكامها القضائيـــة الصادرة فى هذا الشأن ، يتبين أن المرسل إليـــه - **وعلـــى كافـــة مراحـــل الدعوى القضائية** - يرفض شرط التحكيم الوارد فى سند الشـــحن ، ويكـــون افتراض قبول المرسل إليه بشرط التحكيم معيارا غير معروف لدى محكمـــة النقض المصرية ، حيث أن المستقر عليه قضاء هو اشتراط إرادة الأطـــراف ذوى الشأن بنظام التحكيم ، فكيف ينسب إلى المرسل إليه قبول عقد لم يحـــط بمحله علما . فالقبول فى القانون الوضعى المصرى يكون له معيارا محـــددا . وشرط التحكيم ليس متعلقا بمعاملة ، حتى يمكن افـــتراض وجـــود القبـــول ، وإنما هو متعلقا بالجهة التى ستفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وهو استثناء من الأصل العام المقرر لاختصاص المحـــاكم بنظـــر الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فضلا عن أن نظام التحكيم يكون طريقا إستثنائيا للفصل فى المنازعات بيـــن الأفراد ، والجماعات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفلـه من ضمانات . ومن ثم ، يقتصر حتما على ماتنصرف إليه إرادة الأطـــراف المحتكمين بعرضه على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ويجب تفســـيره تفســـيرا ضيقا ، وعدم ترخص القضاء العام فى الدولة فى إسناد إرادة مخالفـــة لإرادة الأطراف ذوى الشأن ، والتأكد على وجه يقينى ، وبنحو لايشوبه شـــكا ، أو غموضا من وجود رضاء الأطراف ذوى الشأن بالإتفـــاق علـــى التحكيـــم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - واتجاه نيتهم حقيقة إلى اختيـــار نظـــام التحكيـــم كوسيلة للفصل فى منازعاتهم " **الحالة ، القائمـــة ، والمحـــددة** " **مشـــارطة**

التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " **شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية – دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل في موضوعها** – دون افتراض هذا الرضاء .

وماتذهب إليه بعض المشارطات من النص على إمكان الناقل إصدار سندات شحن بموجب المشارطة ، يجعل هذا الإتفاق إنما ينحصر نطاقه فى علاقة المؤجر ، والمستأجر ، ولايعنى تداخل علاقات الأطراف ذوى الشأن فى مشارطات الإيجار ، وتلك الناشئة عن سندات الشحن ، لاختلاف الإطار العام لهذه العلاقات . فالمرسل إليه فى سند الشحن ، وإن كان يلتزم بالشروط الواردة فى سند الشحن ، إلا أنه لايلتزم إلا بالشروط المتعلقة بعقد النقل البحرى ، والناشئة عنه – **كالتفريغ ، والفحص ، ومسئولية الناقل** . أما الشروط غير المتعلقة بعقد النقل ، وليست ناشئة عنه – **كشرط التحكيم** – فإنها لاتسرى فى مواجهة المرسل إليه .

فالمرسل إليه ، والشاحن ، لايعدان طرفان ذا شأن فى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار – **والتى صدر الشحن بموجبها** – إلا منذ أن يعلما به ويوافقا عليه ، حيث أن الأمر هنا يتعلق بتوافر الرضا بالإتفاق على التحكيم فى حق كل من الشاحن ، أو المرسل إليه . فحامل سند الشحن ، أو المرسل إليه ، أو المؤمن على البضاعة ، أو غيرهم من الأغيار – **بالنسبة للإتفاق على التحكيم** – وحتى يعد أى منهم طرفا فى الإتفاق على التحكيم ، فإنه ينبغى أن يتوافر لديه العلم الكافى بهذا الإتفاق ، وملابساته ، وأن يكون راضيا بالإلتزام به ، وإلا عد مذعنا .

ونرى أن مسلك القضاء الفرنسى كان أحسن حظا من مسلك نظيره المصرى ، فيما يتعلق بعدم افتراضه رضاء أحد المتعاقدين بالإتفاق على التحكيم ، وعدم اعتماده وجود هذا الرضاء ، إلا بعد ثبوته بوجه يقينى ومؤكد ، لايحتمل غموضا ، أو لبسا ، ودون إسناد إرادة مخالفة لأحد

الأطراف ذوى الشأن ، كما فعلت محكمة النقض المصرية ، من افتراض وجود إرادة مخالفة لدى أحد الأطراف المتعاقدة ، بالرغم من أن حيثيات تلك الأحكام القضائية المذكورة تؤكد رفض ذلك الطرف للإتفاق على التحكيم وعد اتجاه نيته للإلتزام بشرطه .

فنظام التحكيم - وباعتباره طريقا إستثنائيا للفصل فى المنازعات - **الحالة القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - بين الأفراد ، والجماعات - يجب عدم التوسع فى تفسيره ، وعدم افتراض وجود الرضاء به ، بل يجب التأكد من أن إرادة الأطراف ذوى الشأن قد اتجهت حقيقة إلى اختيار نظام التحكيم ، دون غيره من وسائل الفصل فى المنازعات - **الحالة ، القائمة والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - بين الأفراد ، والجماعات ، والتأكد من ثبوت وجود الرضا به ، من خلال وسائل الإثبات المسموح بها فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها .**

ويكون القضاء العام فى الدولة الحديثة هو المختص بتحديد قصد الأطراف ذوى الشأن من الإتفاق المبرم بينهم - **لما له من ولاية عامة** - فإذا ماالستوثق القاضى العام فى الدولة الحديثة من أن القصد الحقيقى للأطراف ذوى الشأن إنما هو الفصل فى المنازعات " **الحالة ، القائمة والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة ، وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة**

أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها - قضى بذلك ، ويكون حكم القاضى العام فى الدولة الحديثة عندئذ مستندا إلى مبررات قوية ، مؤيدة بدليل جدى ، لايحتمل معه تأويل إرادة أى من الأطراف ذوى الشأن إلى عكس هذه الرغبة ، لأن المسألة تتعلق بركن الرضا فى التعاقد .

فمثلا إذا أرسل أحد الطرفين إلى آخر - ودون نص سابق فى التعاقد - مايفيد عرض النزاع على التحكيم ، على أن يعتبر عدم الرد قبولا منه بذلك فلايفترض عندئذ وجود الإتفاق على التحكيم [١] . إذ أن الإتفاق على التحكيم لايفترض ، ولايقبل - وفى ظل أحكام القانون الوضعى المصرى - القول بأن عدم الرد يعد قبولا . إذ القاعدة أنه لاينسب لساكت قول ، إلا إذا كانت ظروف الحال لاتدع مجالا للشك فى القول [٢] .

ولذلك ، فإن القول بأن عدم الرد يعنى عدم القبول ، إنما يكون أقرب إلى الصحيح ، ومطابقا لنصوص القانون الوضعى المصرى ، ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الإعلان قد لايتم صحيحا ، أو قد تفقد ، أو تضيع المكاتبة - لأى سبب كان - أو قد لايرد الرد - لتغيير المحل ، أو العنوان الذى ترد عليه المخاطبات ، فلايفاجئ أحد المتعاقدين بافتراض قبوله للتحكيم . إذ الشرط أن يرد الإتفاق على التحكيم صراحة . والأساس فى ذلك ، هو ارتباط التعبير

---

(١) أنظر : محمد رضا إبراهيم - شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - المقالة المشار إليها - بند ١٤ ص ٢٠٩ . عكس هذا : محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - ص ١٠٣ .

(٢) فى دراسة قاعدة : " أنه لاينسب لساكت قول " ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - المرجع السابق - بند ٤٨ ص ٩٩ ومابعدها .

بركن من أركان العقد ، وهو الرضا . وعدم وجوده ، يعدم وجـــود العلاقـــة أصلا [1] .

الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – قد يكون معلقـا على شرط :

الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – قد يكون معلقا على شرط.

وقد قضى بأنه : " **إذا كان تطبيق شرط التحكيم معلقا علـــى شـــرط جـــائزا قانونا – كأن يدفع مقدما ثمن البضاعة المبيعة – فإن الطرف الذى لم يقـــم بتنفيذ هذا الشرط ، ليس له أن يتمسك بشرط التحكيم** " [2] .

كما قضى بأنه : " **إذا اشترط فى عقد التأمين أنه فى حالة وقـــوع حادثـــا ، يكون الفصل فى النزاع فى شأنه بواسطة محكمين ، فالشرط صحيح لايجوز النكول عنه** " .

---

[1] أنظر : إستئناف مختلط – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ – مجلة التشريع والقضاء – الســـنة (٤٠) – ص ٩٧ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٧ ص ٢٦ .

[2] أنظر : إستئناف مختلط – ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧ – المحامـــاه المصريـــة – ع (٨) – ص ٦١٧ مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبـــارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٧ ص ٢٧ .

المبحث الثانى

دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم

شـــرطا كـــان ، أم مشـــارطـــة [1]

تقسيم :

إذا ماكان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يتم برضاء الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على الفصل فى المنازعات " **الحالة ، القائمة ، والمحددة " مشارطة التحكيم " ، أو المحتملة وغير المحددة " شرط التحكيم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - فهل يكفى هذا الرضاء لقيام نظام التحكيم ؟ . أم يجب أن يفرغ فى شكل معين ؟ . وبعبارة أخرى ، هل يجب أن يتم التعبير عن إرادة التحكيم كتابة ؟ .

تختلف الأنظمة القانونية الوضعية فيما بينها بشأن كتابة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وهل تعتبر شرطا لصحتـه ، أم أنـها مجـرد وسيلة لإثباته ؟ [2] .

---

[1] فى دراسة دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أنظر : المؤلـف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٢٤ ومايليه ص ٤٢٥ ومابعدها ، عـاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليـها - ص ٢٠٣ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية - الرسالة المشار إليها - ص ١٣٨ ومابعدها .

[2] فى دراسة اختلاف الأنظمة القانونية الوضعية بشأن اعتبار كتابة الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ركنا من أركانه ، أم مجرد وسيلة لإثباته ، أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقـات

فبعض الأنظمة القانونية الوضعية تعتبر الكتابة التى تتطلبها فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - مجرد وسيلة لإثباته [1] .

بينما البعض الآخر منها يجعل الكتابة شرطا لصحته [2] .

ولاختلاف القانون الوضعى المصرى عن القانون الوضعى الفرنسى المقارن فى هذا الشأن ، فسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين :

مطلب تمهيدى : الكتابة المطلوبة لانعقاد التصرف القانونى ، والكتابة المطلوبة لإثباته ، وأهمية ذلك من الناحية العملية .

المطلب الأول :

دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى الفرنسى .

المطلب الثانى :

دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى المصرى .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

الدولية الخاصة - بند ٣٧ ومايليه ص ٢٣٦ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا - التحكيم فى القوانين العربية - ص ١٥٣ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٦٣ ص ١٠٩ ومابعدها ، المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٢٥ ومايليه ص ٤٣٢ ومابعدها .

(1) فى بيان الأنظمة القانونية الوضعية التى تتطلب ضرورة توافر الشكل المكتوب لإثبات الإتفاق على التحكيم ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠٨ ومابعدها .

(2) فى بيان الأنظمة القانونية الوضعية التى تتطلب ضرورة توافر الشكل المكتوب لانعقاد الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٢٠٥ ومابعدها .

مطلب تمهيدى

الكتابة المطلوبة لانعقاد التصرف القانونى والكتابة المطلوبة لإثباته

التمييز بين الكتابة المطلوبة لانعقاد التصرف القانونى ، والكتابة المطلوبة لإثباته :

يخضع إثبات التصرفات القانونية إلى حد كبير لمبدأ الإثبات القانونى حيث ترسم الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - طرقا محددة تحديدا دقيقا للإثبات ، وتجعل لكل طريق قيمته ويتقيد بكل ذلك الخصوم فى الدعوى القضائية ، والقاضى العام فى الدولة الحديثة .

وطرق الإثبات التى رسمتها الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - وبينت إجراءاتها ، وقوة كل طريقة منها هى : الكتابة ، الشهادة ، الإقرار ، اليمين ، القرائن ، والمعاينة .

وتعد الكتابة من أقوى طرق الإثبات . ومن مزاياها ، أنه يمكن إعدادها مقدما للإثبات منذ نشأة الحق ، دون الإنتظار لوقت المنازعة فيه . ولذلك فقد سميت بالدليل المعد **Pruve preconstituee** ، وقد أوجبها المشرع الوضعى المصرى بوجه عام طريقا للإثبات ، فى الأحوال التى يكون فيها مصدر الحق تصرفا قانونيا مدنيا ، فالمادة (٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ تنص على أنه :

" فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على مائة جنيه ، أو كان غير محدد القيمة ، فلاتجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده ، أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

وإلى جانب هذا النص القانونى الوضعى المصرى العام ، فإنه توجد نصوص قانونية وضعية مصرية أخرى أكثر تحديدا ، تستلزم صراحة الكتابة لإثبات بعض التصرفات القانونية [1] .

ولايختلف الوضع كثيرا فى القانون الوضعى الفرنسى . فالكتابة تعد القاعدة العامة فى إثبات التصرفات القانونية المدنية . فالمادة (١٣٤١) من القانون المدنى الفرنسى تنص على أنه :

" يجب إعداد ورقة رسمية لإثبات الأشياء التى تزيد قيمتها على مائة وخمسين فرنكا ، ولو كانت ودائع اختيارية ، ولاتقبل البينة فيما يخالف أو يجاوز مشتملات هذه الأوراق ، أو فيما يراعى أنه وقعت قبل كتابتها أو فى أثناء الكتابة أو بعدها ، ولو كانت القيمة تقل عن مائة وخمسين فرنكا وهذا كله دون إخلال بأحكام قوانين التجارة " .

والكتابة المطلوبة لإثبات التصرف القانونى تختلف جذريا عن الكتابة التى تستلزمها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - لانعقاد بعض التصرفات القانونية ، حيث تكون هذه الكتابة شرطا لوجود ، وصحة التصرف الشكلى ، بحيث يؤدى تخلفها إلى انعدام التصرف القانونى ذاته . فى حين أن الكتابة المطلوبة لإثبات التصرف القانونى ، لاعلاقة لها بصحته ، فتخلفها لايؤدى إلى أكثر من صعوبة إثباته

والتمييز بين الكتابة المطلوبة لانعقاد التصرف القانونى ، وتلك المطلوبة لإثباته لاتقتصر أهميته على الناحية النظرية فقط ، وإنما تكون له أهمية من الناحية العملية كذلك .

---

(1) أنظر على سبيل المثال : المادتان (٢/٦٥٨) من القانون المدنى المصرى ، والخاصة بزيادة الأجر فى عقد المقاولة ، (٣٠) من قانون العمل المصرى ، والخاصة بإثبات عقد العمل الفردى ، حيث تستلزمان صراحة الكتابة لإثبات مثل هذه العقود ، والتصرفات القانونية .

وفيما يلى أعرض للتمييز بين الكتابة المطلوبة لانعقاد التصرف القانونى وتلك المطلوبة لإثباته من الناحية النظرية ، ثم أبين النتائج العملية المترتبة على ذلك .

أولا :

التمييز بين وجود التصرف القانونى ، وإثباته :

إن التمييز بين وجود التصرف القانونى ، وإثباته يعد أحد المسلمات الأساسية فى علم الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - فتحقق الوجود القانونى للتصرف يكون أمرا مستقلا ، ومتميزا عن اثباته ، فلاينبغى الخلط بين الأمرين .

وإعمالا لهذا التمييز ، فإن الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واجاهاتها** - تضع قواعد تحكم إنشاء التصرف القانونى ، وأخرى تحكم إثباته .

فالأولى :

تبين العناصر التى يتكون منها ، والتى باجتماعها يتحقق للتصرف وجوده القانونى [1] .

أما الثانية :

فإنها تنظم وسائل ، وإجراءات إثباته أمام القضاء العام فى الدولة الحديثة [2] .

والشكل ينتمى إلى المجموعة الأولى . أما إجراءات الإثبات ، فإنها تنتمى إلى المجموعة الثانية .

---

[1] أنظر المواد (٨٩) - (١٣٧) من القانون المدنى المصرى .

[2] كان المشرع الوضعى المصرى ينص على قواعد الإثبات فى الباب السادس من الكتاب الأول من القسم الأول من التقنين المدنى " المواد (٣٨٩) - (٤١٧) " ، ثم عدل عن ذلك ، وأفرد هذه القواعد قانونا مستقلا ، هو قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ .

فالشكل هو :

أسلوبا مفروضا للتعبير عن الإرادة ، تفرضه الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - بالنسبة لتصرفات معينة . فإذا عبر المتصرف عن إرادته خارج الشكل المفروض قانونا ، فإن تعبيره لاينتج أثرا قانونيا .

فالشكل يكون شرطا لتكوين التصرف القانونى ، يلزم توافره بالإضافة إلى سائر شروط تكوين التصرف ، تلك الشروط التى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - وحده بتحديدها ، دون تدخل من جانب الأفراد ، والجماعات ، وليس لهم أن يضيفوا إليها ، أو أن يستبعدوا منها . ولذلك ، فإن الإتفاق على استبعاد الشكل ، أو استبداله بآخر فى اتفاق بين الأفراد ، والجماعات ، غير جائز قانونا .

أما دليل الإثبات ، فإنه على العكس من ذلك ، ليس عنصرا من عناصر تكوين التصرف القانونى . فالتصرف يتكون ، ويتحقق وجوده القانونى حتى ولو لم يتوفر بعد دليل إثباته .

والأنظمة القانونية الوضعية ، وإن كانت تستلزم الكتابة - **كقاعدة عامة** - لإثبات التصرفات القانونية المدنية ، إلا أنه يجوز للأفراد ، والجماعات الإتفاق على استبعادها ، أو استبدالها بغيرها من وسائل الإثبات . فالمادة (٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ تكون صريحة فى هذا المعنى [٢] .

ولذلك ، فإن تخلف الشكل ، يؤدى إلى عدم صحة التصرف القانونى وبطلانه . أما تخلف دليل الإثبات ، فلاتأثير له على صحته ، فيظل سليما

---

[١] أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط - الجزء الثانى - الإثبات - ط٢ - منقحة - ١٩٨٢ - بند ١٩٠ ، أحمد نشأت - رسالة الإثبات - الجزء الأول - الطبعة السادسة منقحة - ١٩٧٢ - بند ٩٢ .

تماما من الناحية القانونية ، وإن أدى ذلك إلى صعوبة إثباتـــه مـــن الناحيـــة العملية .

ثانيا :

النتائج العملية المترتبة على التمييز بين وجـــود التصـــرف القانونى ، وإثباته :

تخلف الكتابة المطلوبة لإثبات التصرف القانونى ، لايؤدى بـــالضرورة إلى جعله مستحيل الإثبات . ومن ثم ، عديم الفاعلية – **كما هو الشأن عنـــد تخلف الكتابة المطلوبة لانعقاد التصرف القانونى .**

فمن ناحية ، يمكن إثبات التصرف القانونى عن طريق الإقرار ، أو اليميـــن . ومن ناحية أخرى ، يمكن أيضا إثباته عن طريق البينة ، والقرائـــن ، متـــى توافرت إحدى الحالات الإستثنائية التى أوردتها الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – على قاعدة الإثبات بالكتابة .

(أ) :

إثبات التصرف القانونى بالإقرار ، واليمين :

إذا كانت الأنظمة القانونيـــة الوضعيـــة – **وعلـــى اختـــلاف مذاهبـــها واتجاهاتها** – تتطلب الكتابة لإثبات التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على حد معين ، فإن ذلك لايعنى أن الكتابة عندئذ هى الدليـــل الوحيـــد المقبـــول لإثباتها . فإذا تخلفت ، فإن التصرف القانونى يصبح من المســـتحيل إثباتـــه ونص المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لســـنة ١٩٦٨ لايسمح بذلك ، فهو يقرر أنه :

" فى غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على مائـــة جنيه ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشـــهود فـــى إثبـــات وجوده ، أو انقضائه ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " .

فالنص القانونى الوضعى المصرى المتقدم يحظر إثبات التصرف القانونى بشهادة الشهود . وإذا كان إثبات التصرف القانونى بشهادة الشهود غير جائز فإن إثباته بالقرائن يكون أيضا غير جائز من باب أولى .

وعلى العكس من ذلك ، فإن إثبات التصرف القانونى بالكتابة ، أو مايعادلها يكون جائزا . فالمادة (٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ لاتنص صراحة على استلزام الكتابة كدليل وحيد لإثبات التصرفات القانونية الخاضعة لها ، وإنما فقط تحظر إثباتها بشهادة الشهود . وعلى ذلك فإن القول باستلزام الكتابة لإثبات التصرفات القانونية ، إعمالا لنص المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ هو قولا مستنتجا عن طريق التفسير .

وأيا كانت صياغة النص القانونى الوضعى الذى يستلزم الكتابة لإثبات التصرفات القانونية ، فإنه يمكن الإثبات بالإقرار ، أو اليمين فى حالة تخلف الكتابة ، وهذا هو الرأى أيضا ، حتى بالنسبة للنصوص القانونية الوضعية الأخرى المتفرقة الأكثر تحديدا ، والتى تستلزم الكتابة صراحة لإثبات بعض التصرفات القانونية .

- (ب) -

إثبات التصرفات القانونية بالبينة ، والقرائن :

أورد المشرع الوضعى المصرى إستثناءات عديدة على قاعدة وَجوب إثبات التصرف القانونى بالكتابة . بعضها يكون عاما ، يسرى على كافة التصرفات القانونية . والبعض الآخر منها يكون خاصا بتصرفات قانونية معينة – **دون غيرها . والإستثناءات العامة فى هذا الشأن يمكن إجمالها فى ثلاثة ، نص المشرع الوضعى المصرى صراحة على اثنين منها ، وهما :**

الإستثناء الأول :

حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة :

تنص المادة (١/٦٢) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ على أنه :

" يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .. " . وتعرف ذات المادة فى فقرتها الثانية مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه :

" كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الإحتمال " [١] .

وعلى ذلك ، فإنه يلزم توافر شروطا ثلاثة لكى نكون بصدد مبدأ ثبوت بالكتابة ، وهى :

الشرط الأول :

أن تكون هناك كتابة .

الشرط الثانى :

أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذى يحتج بها عليه .

والشرط الثالث :

أن يكون من شأن هذه الكتابة أن تجعل وجود التصرف القانونى قريب الإحتمال .

الإستثناء الثانى :

حالة وجود مانعا من اثبات التصرف القانونى بالكتابة :

تنص المادة (٦٣) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ على أنه :

---

(١) ونص المادة (١/٦٢) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ يقابله نص المادة (١٣٤٧) من التقنين المدنى الفرنسى

أ - إذا وجد مانعا ماديا أو أدبيا يحول دون الحصول على دليل كتابى .

ب - إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لايد له فيه " .

والإستثناء الثالث :

يكون مستنتجا من القواعد العامة ، وبعض النصوص القانونية الوضعية المصرية الخاصة ، وهو حالة وجود احتيال على القانون الوضعى المصرى :

الأصل هو وجوب إثبات التصرف القانونى بالكتابة فيما يجاوز مائة جنيه ، ولكن إذا كان المراد إثباته إتفاقا يخالف النظام العام ، والآداب فى مصر ، فإن يجوز إثبات هذا الإتفاق بالبينة ، والقرائن ، ولو كان أصلا مايجب إثباته بالكتابة ، تسهيلا للكشف عن مخالفة القانون الوضعى المصرى ، وتحقيقا لرغبة المشرع الوضعى المصرى فى إبطال كل اتفاق غير مشروع . والقانون المدنى المصرى وإن لم يتضمن نصا يقرر هذا المبدأ صراحة ، إلا أن نص المادة (٧٣٩) منه يمكن أن يقرره ، فهى تقضى بأنه :

" يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان ، ولمن خسر فى مقامرة ، أو رهان أن يسترد مادفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ماخسره ولو كان هناك اتفاقا يقضى بغير ذلك ، وله أن يثبت ماأداه بجميع الطرق " . فهذا النص القانونى الوضعى المصرى لايعدو فى الحقيقة أن يكون سوى تطبيقا للمبدأ المذكور .

وبجانب ذلك ، فإن هناك استثناءات خاصة على قاعدة إثبات التصرف القانونى بالكتابة ، والتى سمح فيها المشرع الوضعى المصرى بالخروج على قاعدة إثبات التصرف القانونى بالكتابة . **ومنها على سبيل المثال** : المادة (٤٣) من قانون العمل الموحد المصرى ، والتى تجيز للعامل إثبات عقد العمل بجميع طرق الإثبات ، فهى تنص على أنه :

" يكون عقد العمل بالكتابة ، ويحرر باللغة العربية ومن نسختين ، ولكل من الطرفين نسخة ، وإذا لم يوجد عقد مكتوبا جاز للعامل إثبات حقوقه بجميع طرق الإثبات . " .

وبعد ، فإن إمعان النظر فى الإستثناءات التى أوردها المشرع الوضعى المصرى على قاعدة إثبات التصرف القانونى بالكتابة ، وماواكبها من تطبيقات قضائية ، من شأنه أن يثير التساؤل عما تبقى من هذه القاعدة المنصوص عليها فى المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ ؟. فهل حقا مازالت بمثابة قاعدة عامة ؟ .

نعتقد أن الإجابة لابد وأن تكون بالنفى . وعلى ذلك ، ليس صحيحا القول بأن تخلف الكتابة المطلوبة لإثبات التصرف القانونى من شأنه أن يؤدى إلى جعله مستحيل الإثبات ، أو أنه لايمكن إثباته بغير اليمين ، أو الإقرار . ومن ثم يمكن لأطراف التصرف القانونى - **وفى الغالب من الأحوال** - إثبات وجود تصرفهم - **وعلى الرغم من تخلف الكتابة المطلوبة لإثباته** - عن طريق البينة ، والقرائن ، علاوة على الإقرار ، واليمين .

والغير يمكنه دائما إثبات التصرف القانونى بكافة طرق الإثبات ، لأنه ليس طرفا فيه ، فهو بالنسبة إليه بمثابة واقعة مادية [1] .

ومما تقدم ، يتضح أن تخلف الدليل الكتابى المعد سلفا ليس من شأنه أن يجعل التصرف القانونى مستحيل الإثبات ، أو منعدم الفعالية .

---

[1] أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى - المرجع السابق - بند ١٨٤ ، بند ٢٠٣ .

المطلب الأول
دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم
ـ شرطا كان ، أم مشارطة ـ
فى القانون الوضعى الفرنسى

أولا :

دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم بالنسبة لشرط التحكيم :

(أ) :

دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم بالنسبة لشـرط التحكيـم فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة :

كان شرط التحكيم فى ظل مجموعة المرافعات السابقة عقـدا رضائيـا لاتلزم الكتابة لانعقاده ، وإنما تلزم فحسب لإثباته ، حيث كان من المقـرر أن شرط التحكيم - **وباعتباره أحد صورتى الإتفاق على التحكيم** - كان يرتـب ذات الأثر القانونى الذى ترتبه مشارطته ، بالنسبة لاختصاص هيئة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم - **دون المحكمـة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** . وبالرغم من ذلك ، فـإن الرأى الراجح فى فقه القانون الوضعى الفرنسى ، وأحكام القضاء الفرنسـية كان يؤكد عدم إخضاع شرط التحكيم لنفس شروط مشارطته . وخاصة ، فيما يتعلق باثباته ، وفيما كانت تنص عليـه المـادة (١٠٠٥) مـن مجموعـة المرافعات الفرنسية السابقة من إفراغ الإتفاق على التحكيـم فـى محـرر وعمل هذا المحرر فى أحد الأوضاع المذكورة فى النص القانونى الوضعـى الفرنسى المذكور . ومن ثم ، عدم إخضاع شرط التحكيم لأى قاعدة شـكلية

من القواعد التى كانت تخضع لها مشارطته ، والتى كـانت تقررهـا المـادة (١٠٠٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية [١] .

ونتيجة لذلك ، فإنه لم تكن تلزم الكتابة فى إثبات شرط التحكيم . ومـن ثـم كان يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات المقررة فى المادة (١٠٩) من القـانون التجارى الفرنسى [٢] .

فشرط التحكيم الذى لم يشرع - **كأصل عام** - فى القـانون الوضعـى الفرنسى سوى فى العقود التجارية ، كما كان يجوز استخلاصه مـن مجـرد عدم الإعتراض عليه ، فإنه كان يجوز كذلك أن يستخلص من قبولـه بـدون تحفظ **sans reserve** [٣] . وهذا القبول قد يكون صريحا **expresse** ، أو

---

(١) فى دراسة إثبات شرط التحكيم فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، أنظر :

CHARLES REFORT : Les diffcultes soulevees par l'application de la loi du 31 Decembre 1925 sur la clause compromissoire . These . Paris . 1939 . P . 31 et s ; M . ROTHE : La clause compromissoire et l'arbitrage depuis la loi du 1925 . These . Paris . 1934 . P . 43 et s ; ANDRE SALONE : Les Chambres arbitrales dans la pratique commerciale . These . Aix – en – provence . 1972 . P . 17 et s ; EMILE –TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 96 et s .

(٢) أنظر :

JACQULINE – RUBELLIN – DEVICHI : Juris – Classeur . Procedure civile . Fasc . 1020 . ou commercial . Fasc . 210 . N . 6 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليـها – بنـد ٣٢ ص ١٩٥ ومابعدها .

(٣) فى جواز إثبات شرط التحكيم بكافة طرق الإثبات المقررة فى المادة (١٠٩) من المجموعة التجاريـة الفرنسية ، فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة أنظر :

Cass . Com . 14 Decembre . 1961 . Dalloz . 1962 . 32 .

مشارا لهذا الحكم القضائى فى : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بنـد ١٣١ . وانظر أيضا :

Paris . 9 Mars . 1972 . Rev . Arb . 1972 . P . 133 . Note : J . RUBELLIN – DEVICHI ; Paris . 18 Mars . 1983 . Rev . Arb . 1983 . P . 491 . Note :

فيجوز أن يكون قبول أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لشرط التحكيم ضمنيا ، بحيث يمكن استخلاصه من مجرد عدم الإعترا ض عليه ، عند تسلم الوثيقة من المتعاقد الآخر معه ، أو من وكيله والتى تتضمن شرط الإلتجاء إلى التحكيم ، فى حالة نشأة منازعة متعلقة بتنفيذ ، أو تفسير العقد المبرم بينهم (٢) . وعدم اعتراض المشترى على ماورد بخطابات البائع ، من خضوع المنازعات التى تنشأ عن الصفقة التجارية الجارية للتحكيم ، يلزم المشترى بشرط التحكيم (٣) .

ويجوز استخلاص شرط التحكيم كذلك _ **ومن باب أولى** - من ذكره فى الفواتير المتعلقة بالصفقة (٤) ، أو فى الخطابات المتبادلة بين الأطراف ذوى

Paris . 9 Mars . 1972 . Rev . Arb . 1972 . P . 133 . Note : J . RUBELLIN – DEVICHI ; Paris . 18 Mars . 1983 . Rev . Arb . 1983 . P . 491 . Note : ROBERT . cites par : JACQUELINE – RUBELIN – DEVICHI : Juris – Classeur . Procedure civile . Fasc . 1020 . N . 16 et s .

(١) أنظر :

Dalloz . Nouveau Repertoire De Droit . N . 43 et s ; Repertoire De Droit civile . deuxieme edition .T . 111 . 1987 . N . 125 et s .

(٢) أنظر :

Paris . 9 Mars . 1972 . Rev . Arb . 1972 . P . 133 . Note : J . RUBELLIN – DEVICHI . cite par JACQUELLIN – DEVICHI . Juris – Classeur . Id . ibid .

(٣) أنظر :

Cass . Civ . 9 Janvier . 1933 . D . 1933 . 164 .

(٤) أنظر :

GLASSON , TISSIER et MOREL : op . cit . , N . 1815 . p . 338 ; JACQUELLIN – DEVICHI : La these precitee . N . 387 et s ; Juris – Classeur . N . 7 et s ; MM . ROBERTE et MOREL : op . cit . N . 83 . P . 68 .

الشأن (١) ، أو فى العقد النموذجى **contrat type** الذى أحال إليه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عند التعاقد (٢) .

كما كان يجوز إثبات شرط التحكيم فى فرنسا بمجرد إثبات الإلتزام الوارد فى العقد التجارى بإخضاع المنازعات التى تنشأ عنه فى المستقبل للعادات الجارية فى مكان معين **usage d'une place** ، أو السائدة فى صناعة معينة **usage d'une certaine industrie** ، متى كانت هذه العادات ، أو تلك توجب على الأطراف ذوى الشأن الإلتجاء إلى التحكيم للفصل فى المنازعات المذكورة (٣) .

وإذا تضمنت المحررات التجارية **Les ecrits commerciaux** بين المتعاقدين ذوى الشأن بيانات **متعارضة** **Les mentions contradictoires** ، فيما يتعلق بتحديد الإختصاص بالفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل ، فإنه يتعين على المحاكم أن تبحث عن النية المشتركة **L'intention commune** للأطراف ذوى الشأن (٤) .

---

(١) أنظر :

Cass . Civ . 9 Janvier . 1933 . D . 1933 . 164 .

مشارا لهذا الحكم القضائى فى : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – الإشارة المتقدمة – الهامش رقم (١٣٢) . وانظر أيضا الأحكام القضائية المشار إليها فى :

JACQUELLIN – RUBELLIN – DEVICHI : Juris – Classeur . N . 7 et s .

(٢) أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٣٢ ص .

(٣) أنظر : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٣٢ ص .

(ب) :

دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم بالنسبة لشرط التحكيم فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية - والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا (١) :

تنص المادة (١٤٤٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية - **والمضافة الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** - على أنه :

" بطلان شرط التحكيم إذا لم يكن مكتوبا ، إما فى ورقة العقد الأصلى وإما فى ورقة أخرى يشير إليها هذا العقد " .

ومفاد النص القانونى الوضعى الفرنسى المتقدم ، أن الكتابة تعد ركنا فى شرط التحكيم - **دون مشارطته** - فيلزم توافرها ، وإلا كان باطلا ، بحيث يكون شرط التحكيم باطلا ، إذا لم يكن مكتوبا (٢) .

---

(٤) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - الإشارة المتقدمة - الهامش رقم (١٣٦) .

(١) فى دراسة كيفية إثبات شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية - والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا ، أنظر :

Repertoire De Droit civile . deuxieme edition . T . 111 . 1987 . N . 124 et s ; Repertoire De Droit Procedure civile . 1988 . T . 1 , Arbitrage . Droit procedure civile . 1988 . T . 1 . Arbitrage . Droit interne . N . 138 et s ; Repertoire De Droit commercial . 1989 . T . 111 . Compromis . Clause compromissoire .

(٢) فى استعراض مجموعة الدول ذات التقاليد الاتينية ، والتى تأخذ بمسلك خلاف ذلك ، أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ٣٥ ص ٢٣٣ ومابعدها .

وإذا كان الأمر كذلك ، فإن الكتابة تكون لازمة **ليس فقط لإثبات شرط** التحكيم ، وإنما هى لازمة لصحته كذلك ، **فلا يكون هناك من سبيل لإثباته** سوى الكتابة .

فالكتابة بالنسبة لشرط التحكيم تعد شرطا شكليا لازما لوجوده فى ذاته . بمعنى ، أن شرط التحكيم يدور وجودا ، وعدما مع توافر عنصر آخر غير تقابل إرادتين ، أو أكثر " **تلاقى القبول بالإيجاب** " ، والعنصر الإضافى هو توافر الكتابة كركن لوجوده " **لانعقاده** " ، وليس فقط لمجرد إثباته ، بصريح نص المادة (١٤٤٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية - **والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** - والتى رتبت جزاء البطلان على تخلف ركن الكتابة ، فيما يتعلق بشرط التحكيم .

ويعنى ذلك أن شرط التحكيم لم يعد فى مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية - **والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** - عقدا رضائيا ، لاتلزم الكتابة لانعقاده ، وإنما فحسب لإثباته - **كما كان الحال فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** - إلا أن المادة (١٤٤٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية - **والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** - لم تستوجب فى الكتابة الازمة لإثبات شرط التحكيم أن تكون رسمية ، إذ يكفى أن تكون عرفية ، موقعة من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

كما لم تستوجب كذلك فى الكتابة الازمة لإثبات شرط التحكيم أن تتم بألفاظ معينة ، أو بعبارات مخصوصة . إذ تصح كتابة شرط التحكيم بأية عبارات وبأية ألفاظ ، طالما كانت دالة دلالة قاطعة على إرادة التحكيم ، أى دالة على رغبة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى الإلتجاء إلى

نظام التحكيم ، لتسوية منازعاتهم – **المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ بينهم فى المستقبل** – بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات – **وأيا كان موضوعها** ، كما لم تستوجب التوقيع من جانب كافة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على شرط التحكيم ذاته إستقلالا عن العقد الأصلى الذى يتضمنه ، ولا أن يكون التوقيع بالإسم الثلاثى .

والكتابة المتطلبة لإثبات شرط التحكيم – **عرفية كانت ، أم رسمية** – لاتطهره فى ذاته من العيوب المبطلة له ، فقد يكون شرط التحكيم باطلا رغم كتابته . إذ تعتبر الكتابة عندئذ غير موجودة ، وهذا مانصت عليه صراحة المادة (١٤٤٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية – **والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو ١٩٨٠ – والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا .**

والكتابة المتطلبة لانعقاد شرط التحكيم إنما تستهدف التحقق من أن إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد اتجهت بالفعل إلى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، وأن هناك تلاحما غير مجحود فى التعبير عن إرادة كافة الأطراف المعنية ، على نحو يمكن معه الإطمئنان إلى أنهم قد قصدوا حقيقة إقامة قضاء خاص ، يتولى مهمة الفصل فى منازعة مستقبلة وناتجة عن تعامل محدد ، يكون قائما بينهم .

وهكذا ، يتبين لنا وجود إختلافا بين إثبات شرط التحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، وإثباته فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية – **والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو ١٩٨٠ – والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** – فشرط التحكيم فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة كان عقدا رضائيا لاتلزم الكتابة لانعقاده ، وإنما فحسب لإثباته . ومن ثم ، كان يجوز إثباته

بكافة طرق الإثبات المقررة فى المادة (١٠٩) من المجموعة التجارية الفرنسية ، وكان من الممكن أن يكون صريحا ، أو ضمنيا . على عكس الحال فى ظل نصوص مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية المنظمة للتحكيم - **والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** - حيث تكون الكتابة شرطا شكليا ، لازما لوجود شرط التحكيم فى ذاته ، وليست لازمة فقط لإثباته ، فلايكون هناك من سبيل لإثبات شرط التحكيم سوى الكتابة ، بصريح نص المادة (١٤٤٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية - **والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** - والتى نصت صراحة على جزاء البطلان نتيجة تخلف ركن الكتابة فى شرط التحكيم - دون مشارطته ، باعتباره - **أى شرط التحكيم** - أحد صورتى الإتفاق على التحكيم ، والذى يواجه منازعات محتملة ، وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بين الأطراف ذوى الشأن فى المستقبل ، سواء كانت ناشئة عن تنفيذ العقد ، أم عن تفسيره .

ثانيا :

دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم بالنسبة لمشارطة التحكيم [١] :

يتضح من المعنى الظاهر لعبارة نص المادة (١٠٠٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، أن المشرع الوضعى الفرنسى أراد أن يضيف إلى الشروط الموضوعية التى تطلبها لصحة الإتفاق على التحكيم شرطا

---

(١) فى دراسة إثبات الإتفاق على التحكيم فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، أنظر :
Dalloz Encyclopedie Juridique . 1955 . Arbitrage . N . 50 et s . P . 22 et s ; JEAN ROBERT : Arbitrage civile et commercial en droit interne . T . 1 . troisieme edition . edition Sirey . 1961 . N . 35 et s .

شكليا ، هو إفراغ الإتفاق فى محرر ecrit . حيـــث يقـول نـص المـادة (١٠٠٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة أنه :

" الإتفاق على التحكيم Compromis يجوز أن يبرم pourra etre fait بمحضر أمام المحكمين par proces verbal devant arbitres - وصورة ذلك ، أن يتفاوض الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفـاق علـى التحكيم " شفاهة فى شأن التحكيم ، واختيار هيئة التحكيم المكلفة بـالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، حتى إذا تلاقت وجـهات النظـر عقدوا مجلسا لإبرام الإتفاق التحكيم - أو بعقد أمــام موثــق par acte devant notaire ، أو بعقد عرفى sous signature privee " .

وظاهر نص المادة (١٠٠٥) من مجموعـــة المرافعـات الفرنسـية السابقة كان يوحى باشتراط أمرين :

الأمر الأول :

إفراغ الإتفاق على التحكيم فى محرر .

والأمر الثانى :

عمل هذا المحرر فى أحد الأوضــاع المذكـورة فـى نـص المـادة (١٠٠٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

ولقد ثار جدلا فى فقه القانون الوضعى الفرنسى ، وأحكام القضاء فى فرنسـا حول الأمرين المتقدمين فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة [١] ، ثـم استقر القضاء الفرنسى بعد ذلك على أن الكتابة ليست شرطا لصحة مشـارطة التحكيم ، وإنما هى شرطا لإثباتها ، وإذا كانت مشارطة التحكيم مكتوبة علـى هذا النحو ، فليس من الازم أن يكون ذلك فى أحد الأوضاع المذكــورة فــى

---

(١) أنظر :

JEAN VINCENT : Procedure civile . Dix – neuvieme edition . edition . Dalloz . 1978 . N . 806 et s . P . 1038 et s .

نص المادة (١٠٠٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، فإثبات مشارطة يخضع للقواعد العامة [١] .

والحجة الأساسية التى كان يستند إليها القضاء الفرنسى وقتئذ ، هى أن ماجاء فى المادة (١٠٠٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة إنما ورد بصيغة الجواز ، وليس بصيغة الوجوب **devre etre fait** ، ولم يقل **pourra etre fait** ، مما يقطع بأن المشرع الوضعى الفرنسى أراد ضرب الأمثال .

ونتيجة لذلك ، فإنه يجوز إثبات مشارطة التحكيم بكافة طرق الإثبات الجائزة قانونا ، والكتابة ماهى إلا أحد الوسائل المقبولة لإثباته ، إلا أنه لايجوز إثباته بشهادة الشهود ، أو القرائن ، أو اليمين المتممة ، أيا كانت قيمة النزاع موضوع شرط التحكيم ، وأيا كان نوعه ، أى حتى ولو كانت فى مادة تجارية [٢] .

ويمكن الأخذ بالحلول القضائية ، والمواقف الفقهية السائدة فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، واعتمادها فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية - والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى

---

(١) أنظر :

Paris . 7 Mars . Rev . Arb . 1962 . P . 45 ; Paris . 30 Mars . 1962 . Rev . Arb . 1962 . P . 62 ; Paris . 4 Fevrier . 1966 . Rev . Arb . 1966 . P . 27 .

وانظر فى تأييد فقه القانون الوضعى الفرنسى لهذا القضاء :

J . ROBERT : L'Arbitrage . Droit interne . Droit international prive . 5 ed . Paris .1983 . P . 17 et ss .

(٢) أنظر :

GLASSON , TISSIER et MOREL : op . cit . , N . 1805 , 1809 , **BERNARD ALFRED** : l'arbitrage volontaire . N . 99 . p . 520 ; **J . ROBERT** : Arbitrage civile et commercial . 1961 . N . 35 ; **VINCENT et GUINCHARD** : Procedure civile . Dalloz . 1978 . N . 609 .

الرابع عشر من شهر مايو ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصـــوص التحكيـم الداخلى فى فرنسا - بالنسبة لمشـــارطة التحكيـم ، حيـث تنـص المـادة (١٤٤٩) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية - **والمضافة بالمرســوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو ١٩٨٠ - والخاص بتعديـل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** - على أنه :

" إثبات مشارطة التحكيم تكون بالكتابة ، كما يمكن أن تتم فى محضـر موقعا عليه من الأطراف المحتكمين والمحكمين " .

ولم تنص على جزاء بطلان مشارطة التحكيم ، إذا لم تكن مكتوبة - **كما هـو الشأن بالنسبة لشرط التحكيم ، حيث قررت جزاء البطلان لشـرط التحكيـم عند تخلف ركن الكتابة** [١] - وإنما نصت على أن إثباتها يكون بالكتابة **Le compromis est constate ecrit** [٢] ، ويمكن أن يرد فـــى محضـر يكون موقعا عليه من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** " وهيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فمشارطة التحكيم فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية - **والمضافـة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشـر مـن شـهر مـايو ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** - تكون عقدا رضائيـا لاتلزم الكتابة لانعقاده ، وإنما فحسب لإثباته . بعكس شرط التحكيم [٣] .

---

(١) أنظر :

DAVID RENE : L'arbitrage commercial international . P . 273 ;
BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 140 . P . 135 , 136 .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 140 . P . 135 , 136 .

(٣) أنظر :

وإذا كانت الكتابة لازمة لإثبات مشارطة التحكيم فقط ، وليست شرطا من شروط صحتها ، أو انعقادها ، فإنها - **أى مشارطة التحكيم** - يمكن أن تتحقق بواسطة تبادل مراسلات ، أو خطابات محررة بواسطة طرف محتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " ، ومقبولة بواسطة الأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم ، بعرض النزاع القائم بينهم على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، أو عدم الإعتراض عليه ، عند تسلم الخطابات ، أو الوثائق من المتعاقدين الآخرين معه ، أو من وكلائهم ، والتى تتضمن الرغبة فى الإلتجاء إلى هيئة تحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أو عدم اعتراض المشترى على ماورد بخطابات البائع من الرغبة فى إخضاع المنازعة الناشئة عن المعاملات الجارية بينهم لنظام التحكيم لتحقيقها ، والفصل فى موضوعها [1] .

DAVID RENE : op . cit. , ID . ibid ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , id . ibid .

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . . N . 140 . p . 117 et s .

المطلب الثانى

دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم شرطـــا كـــان ، أم مشارطـــة فى القانون الوضعى المصرى

تقسيم : نظرا لأن إثبات الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـــارطة - فى نصوص قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لســـنة ١٩٦٨ والمنظمة للتحكيم " المواد (٥٠١) - (٥١٣) " - والملغـــاة بواســـطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـــأن التحكيـــم فـــى المواد المدنية ، والتجارية - يختلف عن إثباته فـــى ظـــل قـــانون التحكيـــم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيـــم فـــى المـــواد المدنيـــة والتجارية إختلافا ظاهرا ، فسنقسم هذا المطلب إلى فرعين متتاليين :

الفرع الأول : دور الشكل فى الإتفاق على التحكيـــم - شـــرطا كـــان ، أم مشارطة - فى ظل نصوص قانون المرافعات المصرى الحالى رقـــم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، والمنظمـــة للتحكيـــم " المـــواد (٥٠١) - (٥١٣) " - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

والفرع الثانى :

دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فـــى ظل قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـــى المواد المدنية ، والتجارية .

وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول

دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى ظل نصوص قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ والمنظمة للتحكيم " المواد (٥٠١) - (٥١٣) " - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية

كان القانون الوضعى المصرى فى ظل نصوص قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، والمنظمة للتحكيم " المواد (٥٠١) - (٥١٣) " - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** يندرج ضمن الأنظمة القانونية الوضعية التى تجعل الكتابة شرطا لإثبات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وليست شرطا لانعقاده ، أو صحته ، باعتباره عقدا من العقود الرضائية ، حيث كانت المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** تنص على أنه :

" ولايثبت التحكيم إلا بالكتابة " .

وكان الرأى الراجح فى فقه القانون الوضعى المصرى يرى أن الكتابة المتطلبة فى نص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية إنما** تكون فقط لإثبات الإتفاق على التحكيم **- شرطا كان ، أم مشارطة -** وليست شرطا لصحته ، أو انعقاده [1] ، لأن الإتفاق على التحكيم **- شرطا كان ، أم مشارطة** – لايعدو أن يكون عقدا رضائيا ، ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب ، والقبول بين أطرافه ، دون حاجة إلى أى إجراء آخر ، فهو ليس عقدا شكليا – **لأن الكتابة ليست ركنا فيه ، لاينعقد بدونها – ولاحتى شرطا** لصحته ، وإنما هى مجرد وسيلة لإثباته [2] .

فضلا عن أن المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم**

---

(١) أنظر فى هذا الرأى : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا – بند ٩٤٤ ، عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية فى مصر – الطبعة الثانية – بند ١٣٦٦ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٤ – ١٩٨٣ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٧ ، الطبعة الخامسة – ١٩٨٨ – بند ٦٣ ص ١١٢ . حيث أشار سيادته إلى حكم لمحكمة النقض المصرية فى نفس المعنى ، والصادر فى ١٩٧٣/٢/٢٤ – س (٢٤) – ص ١٧٢١ – الهامش رقم (٣) ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الطبعة الثانية – ١٩٨٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٤٣٩ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٣٦ ص ١٠٠ ، ومأأشار إليه من النصوص القانونية الوضعية العربية المقابلة للمادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

(٢) أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – بند ٤١٠ ص ٧١٨ .

(٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية كانت تقول : " ولايثبت " ، ولم تقل : " لاينعقد " [١] .

وإلى جانب هذه الحجة اللفظية ، توجد حجة أخرى ، مستمدة من المادة (٥٥٢) من القانون المدنى المصرى – والخاصة بنظام الصلح – فهى تقول : " ولايثبت الصلح إلا بالكتابة " . فصياغتها تكون مماثلة تماما لصياغة نص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى ، أن الكتابة فى الصلح تكون لازمة لإثباته ، لا لانعقاده [٢] .

وقياسا على ذلك ، فإن الكتابة فى الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – تكون أيضا متطلبة لإثباته ، لا لانعقاده [٣] .

وبالرغم من ذلك ، فقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [٤] إلى أن الكتابة المتطلبة فى المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد

---

(١) أنظر : أحمد نشأت – رسالة الإثبات – بند ٨١٠ .

(٢) راجع فى ذلك : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى – الجزء الرابع – ص ٤٤٧ .

(٣) أنظر : أحمد نشأت – رسالة الإثبات – بند ٨١٠ .

(٤) أنظر : ياسر أحمد كامل الصيرفى – التصرف القانونى الشكلى فى القانون المدنى المعاصر – رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٩٢ – ص ٢٣٧ ومابعدها .

المدنية ، والتجارية – تكون لانعقاد الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشارطة** – وليست لإثباته فقط ، وأن التفسير الذى أجمع عليه فقـــه القـــانون الوضعى المصرى آنذاك لنص المادة (٢/٥٠١) مـــن قـــانون المرافعـــات المصرى الحالى رقم (١٣) لســـنة ١٩٦٨ – **والملغـــاة بواسـطة قـانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـــى المـــواد المدنية ، والتجارية** ، والذى كان **قد جعل الكتابة مطلوبة لإثبـــات الإتفـــاق على التحكيم – شرطا للتحكيم ، أو مشارطته – وليست لانعقاده** – من شـأنه أن يجعل نص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقـم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغاة بواسطة قانون التحكيـــم المصـــرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – بـلا معنى . فمن الناحية العملية : يصبح نص المـــادة (٢/٥٠١) مـــن قـــانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغـــاة بواسطـة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـــأن التحكيـــم فـــى المواد المدنية ، والتجارية** – مجرد تطبيقا لنص المادة (٦٠) مـــن قـــانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ ، ومن الأفضل القول بأن الكتابـة المتطلبة فى نص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحـــالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة** – تكون مطلوبة لانعقاد الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشـــارطة** – وليست لإثباته فقط ، فهذا يجعل لنـــص المـــادة (٢/٥٠١) مـــن قـــانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغـــاة بواسـطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـــأن التحكيـــم فـــى المواد المدنية ، والتجارية** – معنى مقبولا ، كما أنـــه يتماشـــى مـــع روح القانون الوضعى المصرى ، وقصد المشرع الوضعى المصرى مـــن نـــص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لســـنة

١٩٦٨ – **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصــــرى رقــم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – وإن تعارض مع ظاهر نص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحـــالى رقــم **(١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيــــم المصــــرى رقــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـــــة ، والتجاريــــة .**

فالتحكيم يكون تصرفا خطيرا من التصرفات التى تظــــهر فيــها المخـــاطرة ببعض حقوق الأطراف ذوى الشأن ، نظرا لتعذر معرفة مايمكن أن تحكم بــه هيئة المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان أم مشارطة** – وهو بذلك أشد خطرا من الصلح ، لأن التجاوز فـــى الصلــح يكون معلوما من قبل . ولذلك ، فقد أوجب المشرع الوضعـــى المصـــرى أن يكون الأطراف فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – ممـــن لهم حق التصرف المطلق فى حقوقهم ، فلايملكه قاصرا ، ولامحجورا عليـــه ولاوكيلا ، بدون توكيل خاص ، كما أحاطه بالعديد من الشــــروط الخاصـــة الازمة لصحته .

فمن ناحية ، فإنه يجب تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريــــق قضـــاء التحكيم ، حتى لايتنازل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيـــم** " عن ولاية القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصــــاص بالفصل فى كافة منازعات الأفراد ، والجماعات – **وأيا كـــان موضوعــــها** – إلا ماستثنى بنص قاونى وضعى خاص إلا فى نزاع محدد .

ومن ناحية أخرى ، يجب أن يتضمن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـان ، أم مشارطة** – تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الــــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . فإذا لم يتضمن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يكون باطلا .

كل هذه الشروط تؤكد أهمية الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وخطورته ، وتسعى جميعها إلى ضمان سلامة إرادة المتصرف حين يقدم على إبرامه ، بحيث لايبرمه إلا إذا كان مدركا تمام الإدراك ماقد يترتب عليه من مخاطر ، مما يجعل من الأوفق - **وتحقيقا لهذا الهدف** - إعتبار الكتابة المتطلبة فى المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - شرطا لانعقاد الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وليست لمجرد إثباته فقط .

وبالرغم من وجاهة هذا الرأى ، إلا أننا نرى مع ذلك رجاحة إجماع فقه القانون الوضعى المصرى حول تفسير نص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - واعتبار الكتابة المطلوبة فيه ، هى لإثبات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لا لانعقاده ، لاتفاقنا مع الحجج اللفظية ، وغير اللفظية ، والتى استند إليها فقه القانون الوضعى المصرى فى هذا الشأن . فضلا عن أن ظاهر نص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - يوحى بأن الكتابة المطلوبة فيه ، إنما هى لإثبات الإتفاق على التحكيم فقط ، لا لانعقاده ، وأن هذا التفسير هو مايتفق مع روح القانون الوضعى المصرى ، وقصد المشرع الوضعى المصرى من تطلب الكتابة لإثبات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى نص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣)

لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

وأنه وإن كان نظام التحكيم - وكما يقول أنصار الرأى القائل أن الكتابة المطلوبة فى المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - تكون لانعقاد الإتفاق على التحكيم - تصرفا خطيرا ، تظهر فيه المخاطرة ببعض حقوق الأطراف ذوى الشأن ، نظرا لتعذر معرفة مايمكن أنم تحكم به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

وكذلك ، أهمية الشروط الواردة فى النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم - سواء تعلقت بتحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أو وجوب تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى الإتفاق على التحكيم ، أو بيان طريقة تعيينهم ، كأحد أركان الإتفاق على التحكيم ، وشروط صحته - إلا أن كل ذلك لايؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الرأى القائل باعتبار الكتابة المطلوبة فى المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - هى لانعقاد الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لالمجرد إثباته ، ونرى أن الكتابة المطلوبة فى المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - تكون لإثبات الإتفاق على التحكيم - شرطا

كان ، أم مشارطة - لا لانعقاده ، اتفاقا مع ظاهر نص المـــادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغـــاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - وتمشيا مع روح القانون الوضعى المصرى ، وقصد المشرع الوضعى المصرى من اختيار الأفراد ، والجماعات لنظـــام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **المحتملة ، وغير المحـــددة ، أو القائمـــة والمحددة بينهم فعلا لحظة الإتفاق على التحكيم** " ، بدلا من الإلتجـــاء إلـــى المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [1] - **وبحق** - إلـى اعتبار الكتابة المطلوبة فـــى المـــادة (٢/٥٠١) مـــن قـــانون المرافعـــات المصرى الحالى رقم (١٣) لســـنة ١٩٦٨ - **والملغـــاة بواســـطة قـــانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـــى المـــواد المدنية ، والتجارية** - هى الوسيلة الوحيدة لإثبات الإتفاق على التحكيـــم - **شرطا كان ، م مشارطة** . ومن ثم ، لايجوز إثباته باليمين ، أوالإقـــرار ، أو البينة ، أوالقرائن ، إذا توافرت إحدى حالات مبدأ الثبوت بالكتابة ، أو وجـــود مانعا ماديا ، أو أدبيا حال دون الحصول على دليل كتابى ، أو إذا فقد الســـند لسبب أجنبى لايد للدائن فيه ، إعمالا للقواعد العامة المقررة فى هـــذا الشـــأن نظرا لأن نص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصـــرى الحـــالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة** -

---

[1] أنظر : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة - ص ٩١٩ ، أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا - بند ٩٤٤ ، محمد كـــامل مرسى - شرح القانون المدنى - العقود المسماه - بند ٢٢٨ ص ٣٩٤ ، محمد كمال عبد العزيـــز - تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام القضاء - الطبعة الثانية - ١٩٨٨ - ص ٤٤٦ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٤٠ ص ١٢٠ .

يمثل إستثناء من نص المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ . ومن ثم ، فإن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يجب أن يكون ثابتا بالكتابة .

فالكتابة تكون هى الوسيلة الوحيدة لإثبات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** - وفقا لنص المادة (٥٠١/٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .**

وعلى ذلك ، فإن شرط التحكيم التجارى لايخضع - **فى القانون الوضعى المصرى** - لمبدأ حرية الإثبات فى المسائل التجارية ، فلا يجوز إثباته بالبينة أو القرائن ، أو بالدفاتر التجارية ، أو المراسلات ، أو الفواتير ، أو غير ذلك من وسائل الإثبات المقررة فى القانون التجارى المصرى - **وأيا كانت قيمة العقد الذى يتضمنه .**

وإذا كان شرط التحكيم مدنيا ، فإنه لايجوز إثباته بالبينة ، أو القرائن ، ولو قلت قيمة العقد الذى يتضمنه عن نصاب البينة [1] .

إذا كانت الكتابة واجبة لإثبات الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة - فإنها تكون لازمة ليس فقط لإثباته ، ولكن أيضا لإثبات عناصره الجوهرية ، وكل شرط من شروطه :

إذا كانت الكتابة واجبة لإثبات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإنها تكون لازمة ليس فقط لإثباته ، ولكن أيضا لإثبات عناصره الجوهرية ، وكل شرط من شروطه .

---

[1] أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٣٢ ص ١٩٨ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٣٤٠ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣٨ ص ١٠٧ .

فيجب أن تحدد الكتابة موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أى النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين** " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه .

كما يجب أن يبين فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وبيان ماإذا كان نظام التحكيم المتفق عليه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو تحكيما بالقضاء - **أى تحكيما عاديا** - أم كان تحكيما مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، والمهلة المتفق عليها بينهم لإصدار حكم التحكيم ، فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم خلالها ، وغير ذلك من الشروط التى يمكن أن تحدد فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [1] .

فكما تجب الكتابة لإثبات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإنها تجب كذلك لإثبات كل شرط من شروطه ، مالم يقر به الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " ، أو ينقل عن اليمين الحاسمة [2] .

وتطبيقا لذلك ، فإنه إذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على عدم جواز الطعن بالإستئناف ضد حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى ظل نظام قانونى وضعى يجيزه

---

(1) أنظر : **أحمد نشأت** - رسالة الإثبات - بند ٨١٠ مكرر ص ٩٦٩ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٤٠ ص ١١٣ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣٨ ص ١٠٧ .

(2) أنظر : **أحمد نشأت** - رسالة الإثبات - بند ٨١٠ مكرر ص ٩٦٩ .

فإنه يجب أن يكون ذلك كتابة ، لأن الأصل فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، ام مشارطة** - يقبل الطعن عليه بالإستئناف ، إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على عكس ذلك كتابة ، ولاتجدى عندئذ شهادة الشهود [1] .

كما لايجوز إثبات أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ن أم مشارطة** - مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، إلا بالكتابة .

إذا كانت كتابة الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لازمة على هذا النحو ، فإنها يجب أن ترد فى ورقة موقعة من أطرافه :

إذا كانت كتابة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لازمة على هذا النحو ، فإنها يجب أن ترد فى ورقة موقعة من أطرافه . فإن جاءت الورقة خالية من هذا التوقيع ، فإنها لاتعتبر حجة فى إثبات ولاية القضاء لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [2] .

قد يلجأ الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " إلى توثيق الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :

---

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا - الإشارة المتقدمة . وانظر أيضا : حكم محكمة إستئناف أسيوط - جلسة ١١ /١٩٣١/٢ - المجموعة ١٣٣ رقم (٩١) - ص ١٨٣ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماه - ١٩٤٩ - بند ٢٨٩ ص ٣٩٤ - الهامش رقم (٣) .

(2) أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣٩ ص ١٠٨ .

قد يلجأ الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إلى توثيق الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - بتحريره بمعرفة الموثق أو التصديق على توقيعاتهم فى العقد العرفى أمام الموثق ، أو الإكتفاء بتحريره فى عقد عرفى .

والإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - الواردة فى محرر عرفى يجب أن يكون من عدة صور ، بيد كل طرف من أطرافه صورة منها ، للعمل بمقتضاها عند اللزوم .

لايشترط شكلا خاصا ، أو صياغة معينة للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :

لايشترط شكلا خاصا ، أو صياغة معينة للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - إذ يجوز للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أن تحرره دون التقيد بألفاظ ، أو شكليات معينة ، شأنه فى ذلك شأن العقود الرضائية ، والتى تعتبر صحيحة إذا توافرت فيها أركان العقد بصفة عامة ، **وهى** : الرضائية ، الأهلية ، الموضوع ، والسبب .

لايشترط أن يسبق مشارطة التحكيم شرطا للتحكيم :

لايشترط أن يسبق مشارطة التحكيم شرطا للتحكيم ، لأن مشارطة التحكيم ، وإن كانت تهدف إلى نفس الغرض الذى يهدف إليه شرط التحكيم إلا أنها ذات طبيعة مختلفة عنه .

لايترتب ثمة بطلان إذا أغفل ذكر تاريخ الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :

لايترتب ثمة بطلان إذا أغفل ذكر تاريخ الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ن أم مشارطة** - فمن الجائز إثبات هذا التاريخ بكافة طرق الإثبات

المقررة فى الأنظمـــة القانونيـــة الوضعيـــة - وعلـــى اختـــلاف مذاهبـــها واتجاهاتها [1] .

إمكان إثبات الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ن م مشـــارطة - باليمين ، والإقرار - قياسا على عقد الصلـــح - وفقـــا للقواعـــد العامة :

ذهب جانب من فقه القانون الوضعى المصرى إلى إمكان إثبات الإتفـــاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - باليمين ، والإقرار - **قياسا علـــى عقد الصلح** - وفقا للقواعد العامة [2] ، **حيث يجـــب تفســـير نـــص المـــادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - على أساس إمكانيـــة إثبـــات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - دون تطلب الكتابة حتمـــا لإثباته ، فلايوجد فى القانون الوضعى المصرى مايمنع من إثباتـــه بـــالإقرار

---

(١) أنظر : **محمد كمال عبد العزيز** - تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام المحـــاكم - الطبعـــة الثانية - ١٩٧٨ - ص ٤٤٦ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيـــارى ، والإجبـــارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢١٥ .

(٢) أنظر : **أحمد نشأت** - رسالة الإثبات - بند ٨١٠ ص ٦٦٦ ومابعدها ، **فتحى والى** - مبـــادئ قانون القضاء المدنى - بند ٤٣٩ ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط ٣ ١٩٩٣ - بنـــد ٤٣٩ ص ٩١٢ ، **أحمد أبو الوفا** - عقد التحكيـــم ، وإجراءاتـــه - ط٢ - ١٩٧٤ - منشـــأة المعـــارف بالأسكندرية - بند ٤٠ ص ١٢٢ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٤٠ ص ١١٤ ، **عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز** - التعليق على قانون المرافعات - الطبعـــة الثانية - ١٩٨٥ - ص ١١٢٠ ، **محمد عبد الخالق عمر** - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٠ ، **أسامة الشناوى** - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٣٤٣ .

أو بحلف اليمين الحاسمة ، بل ويمكن إثباته بالبينة ، والقرائن ، إذا توافـــرت إحدى حالات مبدأ الثبوت بالكتابة ، أو وجد مانعا ماديا ، أو أدبيا ، حـال دون الحصول على دليل كتابى ، أو فقد السند ، لسبب أجنبى لايـــد للدائــن فيـه إعمالا للقواعد العامة المقرر قانونا فى الإثبات . ذلــك أن قــانون الإثبـات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ (١) ، يجيز أحيانا الإثبات بشهادة الشـهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابـــة . حيـث تنـص المادة (٦٢) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ على أنــه :

" يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجــد مبدأ ثبوت بالكتابة " .

كما تنص المادة (٦٣) من قانون الإثبات المصــــرى رقـم (٢٥) لسـنة ١٩٦٨ على أنه :

" يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة :

أ - إذا وجد مانعا ماديا أو أدبيا يحول دون الحصول على دليل كتابى .

ب - إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لايد له فيه " (٢) ، (٣) .

---

(١) والمنشور فى الجريدة الرسمية - العدد رقم (٢٢) - والصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٦٨ .

(٢) أنظر : جميل بسيونى - أصول الإثبات شرعا ، ووضعا - الكتـــاب الأول - ١٩٨٠ - مجمـع البحوث الإسلامية . وبصفة خاصة ، بند ٣٦ ومابعدها .

(٣) فى دراسة الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : أحمد نشأت - رسالة الإثبات - الجزء الثانى - ١٩٧٢ - دار الفكر العربى بالقاهرة ، عز الدين الدناصورى ، توفيق حسن فرج - قواعد الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٨٠ - مؤسسة الثقافة الجامعية بالأسكندرية ، أحمد أبو الوفـــا - التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثانية - ١٩٨١ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية ، رمضان أبو السعود - أحوال الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٨٢ - الـدار الجامعية الجديدة بالأسكندرية ، حامد عكاز - التعليق على قانون الإثبات - الطبعة الثانيـــة - ١٩٨٤ -

فاتفاق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على جواز الإثبات بغير الكتابة فيما كان يجب إثباته بها ، يبرر إثبات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بغير الكتابة ، استنادا إلى هذا الإتفاق . إذ لما كانت قواعد الإثبات الموضوعية لاتتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، وكانت محكمة النقض المصرية تجيز اتفاق الخصوم فى الدعوى القضائية على وجوب الإثبات بالكتابة - **أيا كانت قيمة الإلتزام** - كما تجيز اتفاقهم على الإثبات بها ، ولو كان القانون الوضعى المصرى لايتطلبها للإثبات . فمن الواجب الإهتداء بإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، بحيث إذا اتفقوا على جواز إثبات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بغير الكتابة ، صح ذلك . وبهذا يكون من الممكن التجاوز عن الكتابة فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** - فى الحالات الآتية :

الحالة الأولى :

إذا اتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على غير ذلك .

الحالة الثانية :

بالإقرار ، أو اليمين الحاسمة .

الحالة الثالثة :

دار النهضة العربية بالقاهرة ، عبد الوهاب العشماوى - إجراءات الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة ، محمد شكرى سرور - موجز الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة ، أنور طلبة - طرق ، وأدلة الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية ، والأحوال الشخصية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

في الحالات التي يجيز فيها قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ الإثبات بغير الكتابة فيما كان يجب إثباته بها " المادتان (٦٢) ، (٦٣) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ " .

والحالة الرابعة :

إذا استخلصت إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، وأمكن أن يستشف الرضاء من جانبهم ببعض عناصر نظام التحكيم ، ولو كانت جوهرية :

بحيث إذا اشترك طرف محتكم " **الطرف في الإتفاق على التحكيم** " في تنفيذ اتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة - غير ثابت بالكتابة - بأن اختار محكمه كتابة ، أو حدد ميعاد كبداية لمهمته التحكيمية التي اختير من أجلها ، أو طلب من الطرف الآخر المحتكم " الطرف في الإتفاق على التحكيم " - بإعلان على يد محضر - تحديد محكمه ، أو طالبه بتنفيذ الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فإن كل هذه التصرفات** تعد من جانبه رضاء منه بالتحكيم [1] .

وإن كان هناك جانب من فقه القانون الوضعي المصري قد ذهب إلى أن هذا الرأي وإن أمكن الأخذ به في صدد اتفاقات التحكيم الوطنية البحتة ، فإنه لايسري في شأن اتفاقات التحكيم ذات الطابع الدولي ، والتي تخضع لاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ، بشأن الإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية . ذلك أنه وبالنسبة لاتفاقات التحكيم الخاضعة لاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، فإن الكتابة المطلوبة فيها تكون شرط وجود ، لاشرط إثبات . ومن ثم ، لايمكن الإستغناء عنها بالإقرار ، أو بحلف يمين ، أو بغير ذلك من وسائل الإثبات المقررة قانونا .

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٤٠ ص ١١٥ .

حيث أنه وفى ضوء مفهوم الكتابة بالنسبة للإتفاقيات الدولية ، فقد نصت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ، بشأن الإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فى صورتها النهائية على أنه :

" ١ - تعترف كل دولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب الذى يتعهد الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كافة أو أية خلافات نشأت ، أو يمكن أن تنشأ بينهم .

٢ - ويعتبر اتفاق التحكيم يشمل شرط التحكيم الوارد فى عقد أو اتفاق التحكيم موقعا عليه من الأطراف أو متضمنا فى تبادل الخطابات أو البرقيات " .

ومفاد النص المتقدم ، أن الكتابة تعد ركنا أساسيا ، يجب توافره لإمكان القول بوجود اتفاقا على التحكيم ، فى مفهوم اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ، بشأن الإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، حيث أن المادة الثانية منها تقرر فى فقرتها الأولى قاعدة موحدة ، تقتضى الكتابة كشرط صحة ، يتعلق بوجود الإتفاق على التحكيم ذاته - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وليس عنصرا خارجيا متطلبا لإثباته فقط . **كما أن الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك قد أوردت صورتين لتحقق الإتفاق الكتابى على التحكيم - شرطا كان ، و مشارطة ، وهما** [١] :

الصورة الأولى :

إفراغ الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى وثيقة موقعا عليها من الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

والصورة الثانية :

---

(١) فى بيان مفهوم الكتابة كركنا أساسيا يجب توافره لإمكان القول بوجود الإتفاق علىتفاق تحكيم فى مفهوم اتفاقية نيويورك ، أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ٣٧ ومايليه ص ٢٣٦ ومابعدها .

وجود تبادلا للمستندات الكتابية بين الأطـــراف المحتكميـــن " أطـــراف الإتفاق على التحكيم " ، يفيد قبولهم للتحكيم [1] .

[1] أنظر فى هذا الرأى : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدوليـــة الخاصـــة - الكتاب الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٨٤ - دار الفكر العربـــى بالقـــاهرة - ص ٢٣٩ - الهامش رقم (١) .

الفرع الثانى

دور الشكل فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية

تطلب قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية الكتابة كركن فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وإلا كان باطلا :

تنص المادة (١٢) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ماتبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة " (١)

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية قد تطلب الكتابة كركن فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وإلا كان باطلا ، بحيث يكون الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - باطلا إذا لم يكن مكتوبا .

---

(١) راجع فى التشريعات الوضعية المقارنة " العربية ، والأجنبية " التى أخذت بهذا الإتجاه : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم ى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢٨ ص ٧٧ ، بند ٣٨ ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

فالكتابة فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة - تعد** شرطا شكليا ، أو ركنا شكليا لازما لوجوده فى ذاته . ومن ثم ، فإن الكتابة تكون لازمة ليس فقط لإثبات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وإنما أيضا لانعقاده ، وصحته ، بحيث لايكون هناك من سبيل لإثباته فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية سوى الكتابة .

والكتابة المتطلبة فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - على هذا النحو تستهدف التحقق من أن إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد اتجهت بالفعل إلى اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " المحتملة ، **وغير المحددة ، أو القائمة بالفعل بينهم لحظة إبرام الإتفاق** على التحكيم " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها والفصل فى موضوعها ، وعلى نحو يمكن معه الإطمئنان إلى أن كافة الأطراف المعنية فى التحكيم قد قصدت حقيقة إقامة قضاء خاصا - **وهو قضاء التحكيم** - ليتولى مهمة الفصل فى نزاع " **حال ، أو مستقبل ، ناتج عن تعامل محدد بينهم ، أو قائم بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " بدلا من الإلتجاء إلى المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه .

عدم خضوع شرط التحكيم التجارى فى مصر لمبدأ حرية الإثبات فى المسائل التجارية :

لايخضع شرط التحكيم التجارى فى مصر لمبدأ حرية الإثبات فى المسائل التجارية ، فلايجوز إثباته بالبينة ، أو القرائن ، أو الدفاتر التجارية أو المراسلات ، أو الفواتير ، أو غير ذلك من وسائل الإثبات المقررة فى القانون التجارى المصرى - **وأيا كانت قيمة العقد الذى يتضمنه** .

إذا كان شرط التحكيم مدنيا ، فإنه لايجوز إثباته بغير الكتابة :

إذا كان شرط التحكيم مدنيا ، فإنه لايجوز إثباته بغير الكتابة . ومن ثم لايجوز إثباته بالبينة ، أو القرائن ، ولو قلت قيمة العقد الذى يتضمنه عن نصاب البينة .

تكون الكتابة واجبة لإثبات الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وعناصره الجوهرية ، وكل شرط من شروطه :

إذا كانت الكتابة واجبة لإثبات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإنها تكون لازمة ليس فقط لإثباته ، ولكن أيضا لإثبات عناصره الجوهرية ، وكل شرط من شروطه .

فيجب أن تحدد الكتابة موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أى النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد** ، أو **القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين** " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه .

كما يجب أن يبين فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وبيان ماإذا كان نظام التحكيم المتفق عليه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو تحكيما بالقضاء - أى **تحكيما عاديا** - أم كان تحكيما مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، والمهلة المتفق عليها بينهم لإصدار حكم التحكيم ، فى النزاع

موضوع الإتفاق على التحكيم خلالها ، وغير ذلك من الشروط التى يمكن أن تحدد فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [1] .

فكما تجب الكتابة لإثبات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإنها تجب كذلك لإثبات كل شرط من شروطه ، مالم يقر به الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " ، أو ينقل عن اليمين الحاسمة [2] .

وتطبيقا لذلك ، فإنه إذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على عدم جواز الطعن بالإستئناف ضد حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى ظل نظام قانونى وضعي يجيزه فإنه يجب أن يكون ذلك كتابة ، لأن الأصل فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - أن حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، ام مشارطة** - يقبل الطعن عليه بالإستئناف ، إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على عكس ذلك كتابة ، ولاتجدى عندئذ شهادة الشهود [3] .

---

(1) أنظر : **أحمد نشأت** - رسالة الإثبات - بند ٨١٠ مكرر ص ٩٦٩ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٤٠ ص ١١٣ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣٨ ص ١٠٧ .

(2) أنظر : **أحمد نشأت** - رسالة الإثبات - بند ٨١٠ مكرر ص ٩٦٩ .

(3) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - الإشارة المتقدمة . وانظر أيضا : حكم محكمة إستئناف أسيوط - جلسة ١٩٣١/٢/١١ - المجموعة ٣٣ رقم (٩١) - ص ١٨٣ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : **محمد كامل مرسى** - شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماه - ١٩٤٩ - بند ٢٨٩ ص ٣٩٤ - الهامش رقم (٣) .

كما لايجوز إثبات أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـنزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ن أم مشارطة** - مفوضـة بـالصلح بيـن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، إلا بالكتابة .

لايشترط شكلا خاصا ، أو صياغة معينة للإتفاق على التحكيـم - شرطا كان ، أم مشارطة :

لايشترط شكلا خاصا ، أو صياغة معينة للإتفاق على التحكيم - **شـرطا كان ، أم مشارطة** - إذ يجوز للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفـاق علـى التحكيم** " أن يحرروا شرط التحكيم ، أو مشارطته ، دون التقيد بألفـاظ ، أو عبارات معينة .

إذ تصح كتابة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـان ، ام مشـارطة** - بأيـة عبارات ، وبأية ألفاظ ، طالما كانت دالة دلالة قاطعة على إرادة التحكيم .

لايشترط فى الكتابة الازمة لإثبات الإتفاق على التحكيم - شـرطا كان ، أم مشارطة - أن تكون كتابة رسمية :

لايشترط فى الكتابة الازمة لإثبات الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـان ن أم مشارطة** - أن تكون كتابة رسمية ، أى تتم عن طريق توثيقه ، بتحريـره بمعرفة الموثق ، أو التصديق على توقيعات الأطراف المحتكميـن " **أطـراف الإتفاق على التحكيم** " فى العقد العرفى أمام الموثق ، بـل يجـوز الإكتفـاء بتحريرها فى عقد عرفى .

الفصل الثانى

الأهلية ، والسلطة اللازمتين للإتفاق على التحكيم شرطا كان ، أم مشارطة [1]

تقسيم :

إتفاق التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – كغيره من التصرفات القانونية ، يتطلب فضلا عن تحقق الرضا الخالى من العيوب ، صدوره عن أشخاص مكتملى الأهلية ، ويملكون سلطة إلزام الأطراف المحتكمة فى الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – بما تلاقت عليه إراداتهم المشتركة فى هذا الشأن .

فالإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – هو عقدا يتم بالإيجاب والقبول بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، ويتعين أن تتوافر فيه الشروط التى تتطلبها الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها – فى سائر العقود ، ومنها : توافر الأهلية لدى الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " . وبصفة خاصة

---

[1] فى دراسة الأهلية ، والسلطة اللازمتين للإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة ، أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٩ ص ٢١ ، ٢٢ ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٣٥ ومايليه ص ٤٦٩ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٣٠ ص ٣٦ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٧ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١١٥ ومابعدها .

ضرورة أن يتوافر لديهم الأهلية الازمة لصحة الإلتجاء إلى نظـام التحكيـم للفصل فى منازعاتهم " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة بالفعل بينـهم لحظة** إبرام الإتفاق على التحكيم " .

فضلا عن أنه لايكفى فيمن يكون طرفا فى الإتفاق على التحكيم أن تكون لديه الأهلية الازمة لصحة الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فـى المنازعـات " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة بالفعل لحظة إبرام الإتفـاق علـى التحكيم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق علـى التحكيـم** " ، عـن طريق هيئة تحكيم ، **تتشكل من أفراد** عاديين ، أو هيئات غـير قضائيـة - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعـها** - وألا يشـوب رضاءه عيبا من العيوب المفسدة له ، وإنما لابد وأن تكون لـهذا الشـخص سلطة إبرام الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، ام مشـارطة** . وبعبـارة أخرى ، يجب أن تكون لهذا الشخص صفة قانونيـة تخولـه الإتفـاق علـى التحكيم بالنسبة لنزاع معين ، محتملا ، أو قائما لحظة إبرام الإتفـاق علـى التحكيم . فإذا لم تتوافر هذه الصفة فى الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفـاق على التحكيم** " ، فإن الإتفاق على التحكيم - **شرطا** كان ، أم **مشارطة** - الذى أبرمه يكون باطلا ، ولايرتب أثره القانونى .

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين متتاليين :

المبحث الأول :

أهلية الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

المبحث الثانى :

سلطة الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

الأهلية الازمة للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – فـــى القانون الوضعى الفرنسى .

المطلب الثانى :

الأهلية الازمة للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – فـــى القانون الوضعى المصرى .

المبحث الأول

أهلية الإتفاق على التحكيم

شرطا كان ، أم مشارطة

La capacite de compromettre

تقسيم :

ينبغى أن تتوافر لدى الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " **الأهلية الازمة** لصحة الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** (1) .

ونظرا لاختلاف أحكام أهلية الإتفاق إلى التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى القانون الوضعى المصرى عن أهلية الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – فى القانون الوضعى الفرنسى المقارن ، **فسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين :**

المطلب الأول :

---

(1) فى دراسة تحديد القانون الوضعى الواجب التطبيق ، والذى يحكم المسائل المتعلقة بالأهلية الازمة لإبرام الإتفاق على التحكيم ، أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الكتاب الأول – إتفاق التحكيم – دار النهضة العربية بالقاهرة – ١٩٨٦ – بند ١٧٨ ومايليه ص ٣٢٠ ومايليه . حيث أوضحت سيادتها مختلف المعايير التى تنازعت فقه القانون الدولى الخاص ، بشأن القانون الواجب التطبيق على مسائل أهلية الإتفاق على التحكيم ، فى نطاق العلاقات الخاصة الدولية .

المطلب الأول

الأهلية الازمة للإتفاق على التحكيم
شرطا كان ، أم مشارطة
فى القانون الوضعى الفرنسى [(١)]

فكرة علمة عن أحكام الأهلية الازمة لإمكان مباشرة التصرفات القانونية :

الأهلية هى : صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له ، أو عليه ، وللتعبير عن ارادته ، تعبيرا تعتد به الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - فيترتب عليه آثارا قانونية معينة [(٢)] .

ومن المهم كثيرا توافر الأهلية الازمة لإمكان مباشرة التصرف القانونى . إذ يهم الشخص قبل إبرام عقد ما ، معرفة ماإذا كان قانونه الوضعى يجيز له مباشرة مثل هذا التصرف ، أم أنه يكون ممنوعا من مباشرته . وكذلك

---

(١) فى دراسة تفصيلية للأهلية الازمة للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر :

JEAN VINCENT , GABRIAL MONTAGNIER , ANDRE VARINARD : La justice et ses institutions . Deuxieme edition . 1985 . N . 1348 . P . 864 ; JEAN VINCENT , et SERGE GUINCHARD : Procedure civile . 22 ed . edition Dalloz . 1991 . N . 992 et s . P . 750 et s ; Repertoire De Droit civile . T . 111 . Deuxieme edition . 1987 . N . 24 et s

(٢) أنظر : إسماعيل غانم - محاضرات فى النظرية العامة للحق - ١٩٦٥ - مكتبة جامعة القاهرة - ص ص ١٦٠ - ١٧٠ .

معرفة مااذا كان الطرف الآخر فى العقد أهلا لما يقرره التعاقد مـــن حقــوق ومايفرضه عليه من التزامات .

ويمكن التمييز بين أهلية الوجوب capacite de puissance ، وأهليــة الأداء capacite d'exercice .

وأهلية الوجوب هى : صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة لـــه ، أو عليه . فكل إنسان يكون صالحا لأن تكون له حقـــوق ، وعليـــه واجبـــات . وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك مـــن بعــض الوجــوه عندما يكون جنينا ، إلى وقت موته . وبعد ذلك ، إلى حين تصفيـــة تركتـــه وسداد ديونه [1] .

فأهلية الوجوب هى فى الواقع الشخص ذاته ، منظـــورا إليـــه مـــن الناحيـــة القانونية . فإذا انعدمت ، إنعدمت الشخصية القانونية معها – كالجنين الـــذى يولد ميتا ، وكالميت بعد سداد ديونه . فالشخصية القانونية تثبـــت للإنســـان بمجرد ولادته حيا ، فيكون الشخص صالحا لاكتســـاب الحقـــوق ، وتحمـــل الواجبات ، وقد يكون ذلك نتيجة مباشرة الشخص نفسه للتصرف القـــانونى . ومباشرة الشخص للتصرفات القانونية تستلزم صلاحية معينة لديـــه ، وهـــذه الصلاحية تسمى بأهلية الأداء . وأهلية الأداء هـــى : صلاحيـــة الشـــخص لاستعمال الحق ، أى قدرته على التعبير بنفسه عن إرادته ، تعبـــيرا منتجـــا لآثاره القانونية فى حقه .

---

(1) أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – الجزء الأول – المجلد الأول – طبعة سنة ١٩٨١ – بند ١٤٥ ص ٣٤٢ ، على حسب الله – الولاية العامة ، والتعامل بالدين فى الشريعة الإسلامية – محاضرات لطلبة قسم البحوث ، والدراسات القانونية بمعهد البحوث والدراسات العربية – سنة ١٩٦٧ – وخاصة ص ١٦٠ ومابعدها .

الأنظمة القانونية المختلفة التى يخضع لها القاصر فـى القـانون الوضعى الفرنسى [١] :

يخضع القاصر فى القانون الوضعى الفرنسى للعديد من الأنظمـة القانونيـة المختلفة ، مع مايترتب على ذلك من نتائج قانونية .

أولا – إدارة القاصر المأذون له فى القانون الوضعى الفرنسى Le mineur emancipe [٢] :

حدود الإذن للقاصر بالإدارة :

(أ) :

قبل العمل بالقانون الوضعى الفرنسى الصادر فـى الرابـع عشر من شهر ديسمبر سنة ١٩٦٤ :

كان القاصر المأذون له بالإدارة فى فرنسا قبل العمل بالقانون الوضعـى الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر ديسمبر سـنة ١٩٦٤ وإن كـان يتمتع بحرية كبيرة بالنسبة لشخصه – **حيث أنه يتحرر من ولايـة الأب La puissance paternelle ، وهى ماتعرف بولاية التربية ، والتوجيه ، أو يتحرر من الوصاية ، من حيث التوجيه – إلا أنه يظل مقيـدا فيمـا يتعلـق**

---

(١) فى دراسة تفصيلية لأحكام الأهلية الازمة لمباشرة التصرفات القانونية فى القانون الوضعى الفرنسـى ، أنظر :

ALEX WEILL – FRANCOIS TERRE : Droit civile . Les personnes . La famille . Les incapacites . cinquieme edition . Dalloz . N . 736 et s , P . 727 et s .

(٢) أنظر :

SAVATIER : Repertoire de droit civile . 1972 . emancipation . Juris – Classeur . Article 476 – 487 . 1976 . emancipation ; PLANIOL et REPIRT : op . cit . , T . 1 . 1956 . N . 2751 . P . 981 et s ; ALEX WEILL – FRANCOIS TERRE : op . cit . , P . 868 et s .

بإدارة ذمته المالية . فقد رأى المشرع الوضعي الفرنسي أن القاصر ، ولو كان مأذونا له ، لم تكتمل لديه الملكات العقلية ، أو القدرات الذهنية ، والتي يستطيع معها مباشرة شئونه بنجاح . ومن ثم ، لم يمنحه ثقة كاملة في إدارة أمواله ، واقتصر على الإعتراف له بأهلية ناقصة **demi capacite** [1] ، فلم يسمح له سوى بالقيام بأعمال الإدارة البحتة **pur administration** [2] ، [3] مما دفع البعض إلى القول - وفيما يتعلق بأهلية القاصر المأذون له - أن نقص الأهلية **Incapcite** هي القاعدة ، والأهلية **capacite** هي الإستثناء [4] .

ومن ثم ، كان يتم تحديد الأعمال ، أو التصرفات التي يسمح للقاصر المأذون له القيام بها عن طريق التمييز بين أعمال الحفظ ، أعمال الإدارة ، وأعمال التصرف [5] .

---

(١) أنظر :

AUBRY et RAU : Cours de droit civile Francais . 6 eme edit . par **PAUL ESMEIN** . 7. Eme edit . 1964 . T . 1 . par **ANDRE PONSARD** : N . 841 et s .

(٢) راجع نص المادتان (٤٨١) ، (٤٨٤) من التقنين المدني الفرنسي ، قبل تعديلهما بالقانون الوضعي الفرنسي الصادر في الرابع عشر من شهر ديسمبر سنة ١٩٦٤ .

(٣) في تحديد مفهوم أعمال الإدارة ، والتمييز بينها وبين أعمال الحفظ ، وأعمال التصرف ، أنظر : محمد السعيد رشدى - أعمال التصرف ، وأعمال الإدارة في القانون الخاص - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٨٣ - ص ١٢٦ ومابعدها .

(٤) أنظر :

CARBONNIER (JEAN) : Droit . collction themis . T . 1 . 11 eme . edit . 1956 . N . 211 . P . 627 .

(٥) أنظر :

(ب) :

بعد العمل بالقانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر ديسمبر سنة ١٩٦٤ :

أراد المشرع الوضعى الفرنسى فى عام ١٩٦٤ أن يميز بوضوح بين القاصر المأذون له ، والقاصر غير المأذون له . فمنح الأول أهلية كاملة - **كالبالغ الرشيد** - وبذلك أصبح نص المادة (٤٨١) من التقنين المدنى الفرنسى بعد تعديله يجرى على النحو التالى :

" يعتبر القاصر المأذون له أهلا - كالبالغ الرشيد - لمباشرة جميع أعمال الحياة المدنية " .

ومفاد النص القانونى الوضعى الفرنسى المتقدم ، أن القاصر المأذون له فى فرنسا يستطيع مباشرة جميع الأعمال ، والتصرفات ، دون تفرقة بين أعمال الإدارة ، وأعمال التصرف . ومن ثم ، لم تعد هناك عندئذ حاجة للحديث عن فكرة أعمال الإدارة .

حدود الإذن للقاصر بمزاولة بالتجارة :

على الرغم من أن القاصر المأذون له بالإدارة فى فرنسا قد أصبح كامل الأهلية فى مباشرة جميع تصرفات الحياة المدنية ، فإن مزاولته التجارة ظلت خاضعة لإجراءات خاصة .

أولا :

قبل العمل بالقانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٤ :

كان سن الرشد فى القانون الوضعى الفرنسى منذ تقنين نابليون - والصادر فى عام (١٨٠٤) - هو إحدى وعشرون سنة ميلادية . ومن ثم

PLANIOL et REPIRT : Traite pratique de droit civile Francais . T. 1 .. 2 eme ed . 1952 – 1957 . N . 638 . P . 693 .

كان يمكن للقاصر بعد بلوغه سن الثمانية عشرة من عمره أن يؤذن له بإدارة أمواله ، ومزاولة التجارة . وكانت المادة (٤٨٧) من القانون المدني الفرنسي ، والمادة الثانية من المجموعة التجارية الفرنسية تشترطان الحصول على إذن خاص من الأبوين ، للقيام بذلك . وعندئذ ، يجوز للقاصر احتراف مهنة التجارة ، بل واكتساب صفة التاجر .

ثانيا :

بعد العمل بالقانون الوضعي الفرنسي الصادر في الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٤ (١) :

بعد العمل بالقانون الوضعي الفرنسي الصادر في الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٤ ، أصبح سن هو ثماني عشر سنة ميلادية كاملة " المادة (٤٨٨) من القانون المدني الفرنسي " ، وقد ترتب على ذلك أن انخفض السن الذي يمكن أن يؤذن فيه للقاصر إلى السادسة عشر ، بدلا من الثامنة عشر . وقد نصت المادة (٤٨٧) من القانون المدني الفرنسي على أنه :

" لايمكن للقاصر المأذون له إكتساب صفة التاجر " .

ولقد تقرر نفس المبدأ في القانون التجاري الفرنسي ، من خلال نص المادة الثانية منه ، والتي تقرر أنه :

" لايمكن للقاصر ولو كان مأذونا له إكتساب صفة التاجر " .

وإن كان يمكن للقاصر المأذون له القيام بعمل تجاري منفرد - شأنه في ذلك شأن البالغ الرشيد غير التاجر .

ولقد أحسن المشرع الوضعي الفرنسي صنعا بذلك ، لأن مثل هذه السن لاتتناسب مطلقا مع مزاولة التجارة ، لما ينطوي عليه هذا العمل من خطورة أو يستتبع من مسئوليات جسيمة ، فأبعد المشرع الوضعي الفرنسي القاصر -

---

(١) في الإشارة للقانون الوضعي الفرنسي الصادر في الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٤ ، أنظر :
La loi N.. 74. 631 du 5 Juillet 1974. Dalloz. 1974. 244.

ولو كان مأذونا له - عن الأعمال التجارية ، ومباشرة التجارة ، واكتساب صفة التاجر .

فالقاصر المأذون له فى القانون الوضعى الفرنسى لايملك إحتراف التجارة أو اكتساب صفة التاجر ، وكل عمل يأتيه ، ويكون من شأنه إكتساب صفة التاجر يعد باطلا بطلانا نسبيا ، يكون مقررا لمصلحة ناقص الأهلية . ومع ذلك ، يستطيع القاصر القيام بأعمال تجارية منفردة ، وتعتبر تلك الأعمال صحيحة ، كما لو كانت صادرة من بالغ رشيد (١) .

الأهلية الازمة للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى الفرنسى :

تنص المادة (٢٠٥٩) من القانون المدنى الفرنسى - **والمعدلة بالقانون الوضعى الفرنسى رقم (٦٢٦) ، والصادر فى الخامس من شهر** يوليو سنة ١٩٧٤ - على أنه :

" **يستطيع الأشخاص الإتفاق على التحكيم فى كل الحقوق التى يستطيعون بارادتهم التصرف فيها** " (٢) .

ومفاد النص القانونى الوضعى الفرنسى المتقدم ، أنه ينبغى أن تكون لدى الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أهلية التصرف **Capacite de disposition** بالنسبة للحق المتنازع عليه .

ولاتكفى لصحة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن يتوافر لديهم أهلية الإختصام **Capacite d'ester en justice** . ومن ثم ،

---

(١) أنظر :

ALEX WEILL – FRANCOIS TERRE : Droit civile . N . 740 et s , P . 750 et s .

(٢) أنظر :

La loi no . 74 , 631 du Juillet 1974 . D . 1974 . 244 .

لايستطيع أن يكون طرفا فى الإتفاق على التحكيم الشخص الذى لايكون لــــه التصرف فى حقوقه .

ووفقا لنص المادة (٤٨١) من القانون المدنى الفرنســـى رقـم (٧٤ - ٦٣١) ، والصادر فى الخامس من شهر يولية سنة ١٩٧٤ [1] ، فإن القــاصر المأذون له بالإدارة يتمتع بالأهلية - بعكس الحال الذى كان سائدا فى فرنســا ، قبل العمل بالقانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شــــهر ديسمبر سنة ١٩٦٤ ، حيث كان القاصر المأذون له بــــالإدارة ، وإن كـــان يتمتع بحرية كبيرة بالنسبة لشخصه ، حيث أنه يتحرر مــــن ولايـــة الأب ، وهى ماتعرف بولاية التربية ، والتوجيه ، أو يتحرر من الوصايـــــة ، مـــن حيث التوجيه ، إلا أنه يظل مقيدا فيما يتعلق بادارة ذمته المالية [2] .

---

(١) حيث أنه قد تم تعديل القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شـــهر ديســـمبر ســـنة ١٩٦٤ :

La loi N. 64 . 123 du 14 Decembre . 1964 . Dalloz . 1965 . 4 .

بواسطة القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٤ :

La loi No . 74 . 631 du 5 Juillet . 1974 . D . 1974 . 244 .

وفى شرح أحكام القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٤ ، وماتضمنـــه من تعديلات جوهرية ، أنظر :

Dalloz Repertoire De Droit civile . T . 11 . Deuxieme edition . 1987 . par JEAN ROBERT : N . 8 et s ; GARSONNET et CEZAR – BRU : Traite theorique et pratique de procedure civile et commercial . 1912 – 1913 . Sirey . Paris . T . 8 . N . 2350 ; CARRE et CHAUVEAU : Lois de procedure civile et commercial . 5 e ed . N . 3252 ; BERNARD (A .) : L'arbitrage volontaire . 1937 . N . 39 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . edition . 1990 . N . 155 et s , P . 147 et s .

(٢) فى دراسة أهلية القاصر المأذون له بالإدارة فى القانون الوضعى الفرنسى لابرام اتفاقات التحكيـــم ، انظر :

JEAN ROBERT : Arbitrage civile et commercial . Troisieme edition . 1961 . N . 9 , 10 . P . 20 et s ; Repertoire De Droit civile . Deuxieme edition . T . 11 . N . 19 et s , 1987 . N . 10 et s , PAR JEAN ROBERT .

وعن الوضع قبل العمل بالقانون الوضعي الفرنسي الصادر في الرابع عشر من شهر ديسمبر سنة ١٩٦٤ [٢] ، فإن القاصر غير المأذون له بالإدارة كان لايستطيع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة .**

أما فيما يتعلق بالقاصر المأذون ، **فقد كان مقيدا فيما يتعلق بإدارة ذمته المالية** ومن ثم ، فإنه وإن كان يستطيع إبرام إتفاقات التحكيم التي يسمح له فيها بأن يباشر وحده أعمال الإدارة المحضة ، إلا أنه كان من المتعذر إعتبار مشارطة التحكيم - **والتي تبرم لمواجهة منازعة قائمة ، ومحددة بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** - عملا من أعمال الإدارة المحضة ، والتي يستطيع القاصر المأذون إبرامها بمفرده ، حيث يكون من المتعذر عليه إبرام مشارطة التحكيم ، للفصل في المنازعات القائمة والمحددة بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، والتي كان يجب إبلاغ أوراق الدعاوى القضائية المتعلقة بها للنيابة العامة الفرنسية - **والتي كان منصوصا عليها في المادة (١٠٠٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة** - حيث أن دعاوى القصر كان من الواجب إبلاغ أوراقها للنيابة العامة الفرنسية ، وفقا لنص المادة (٦/٨٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة [١] .

فقد كانت المادة (١٠٠٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة تمنع الإتفاق على التحكيم بالنسبة للهبة ، والوصية ، والمسكن ، والملبس وانفصال الزوج عن زوجته ، والطلاق ، والمسائل المتعلقة بالحالة ، وأي منازعات يجب أن تبلغ للنيابة العامة الفرنسية . وبمعنى آخر ، فإن نص

---

(١) أنظر :

GARSONNET et CEZAR – BRU : op . cit . , 2e . T . 8 . question . 3028 . texte . Note 5 ; JEAN ROBERT : L'arbitrage . Troisieme edition . N . 13 et s ; Dalloz Repertoire De Procedure civile . T . 1 . 1955 . N . 28 et s .

المادة (١٠٠٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة كان لايجيز الإتفاق على التحكيم فى الموضوعات التى يجب أن تصل إلى علم النيابة العامة الفرنسية ، بالإحالة الضمنية إلى نص المادة (٨٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، وقد ألغيت هذه المادة الأخيرة ، والتى كانت تحدد الموضوعات التى يجب أن تصل إلى علم النيابة العامة الفرنسية .

إلا أنه وبالنسبة لشرط التحكيم - **والذى يبرم لمواجهة منازعة مستقبلية ، وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم ، عن تنفيذ ، أو تفسير العقد الأصلى - مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شرط التحكيم** " - فإن القاصر المأذون له كان يستطيع الإتفاق إلى التحكيم ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بمزاولته للتجارة (١) .

ولكن بالنسبة للأعمال التجارية المشار إليها فى الفقرة الأخيرة من المادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية - **والتى يجوز الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى المنازعات الناشئة بمناسبتها ، أو بسببها ، عن طريق هية تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم التجارية المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها - فى صورة شرط للتحكيم ، يواجه منازعات محتملة ، وغير محددة ، يمكن أن تنشأ فى المستقبل** - والتى يستطيع القاصر مزاولتها ، فإنه كان يمكنه الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها فى المستقبل ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير

---

(١) أنظر :

BIOCH : op . cit. , N . 36 ; CARRE et CHAUVEAU : op . cit . , T . 7 . question . 3251 bis ; GARSONNET et CEZAR – BRU : op . cit . , 2e ed . T . 8 . question . 3028 . P . 268 ; JEAN ROBERT : op . cit . , N . 14 .

قضائية – دون المحاكم التجارية المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها [1] .

ولكن ، مادام أن القاصر المأذون له لايملك إحتراف التجارة ، أو اكتساب صفة التاجر ، فإنه لم يكن يستطيع عندئذ أن يتفق على التحكيم فى صورة شرط للتحكيم ، بالنسبة للمنازعات المنصوص عليها فى الفقرة الأخيرة من المادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية .

وبالرغم من ذلك ، فإنه إذا كان – **وبعد العمل بالقانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٤** – لايمكن للقاصر إكتساب صفة التاجر ، وفقا لنص المادتين (٤٨٧) من التقنين المدنى الفرنسى والمادة الثانية من المجموعة التجارية الفرنسية ، إلا أنه مع ذلك يستطيع القيام بعمل تجارى منفرد – **شأنه فى ذلك شأن البالغ الرشيد غير التاجر** – ومن ثم ، فإنه إذا كان القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الحادى والثلاثين من شهر ديسمبر سنة ١٩٢٥ قد أجاز شرط التحكيم فى فرنسا – **كأصل عام** – فى المواد التجارية ، باضافته فقرة أخيرة للمادة (٦٣١) من المجموعة التجارية الفرنسية ، والتى نصت على أنه :

" **يجوز للأطراف الإتفاق عند التعاقد على إخضاع ماينشأ بينهم من منازعات لمحكمين ، متى كانت من بين المنازعات المعدودة فيما سبق ، وهذه المنازعات هى :**

١ – المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بين التجار .

٢ – المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية .

٣ – المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين جميع الأشخاص .

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., p . 147et s . N . 156 . p . 127 et s .

فإنه – وتطبيقا لنص المادة (٤٨٧) من التقنين المدنى الفرنسى ، والتى تؤكد على عدم إمكانية اكتساب القاصر المأذون له صفة التاجر – فإن القاصر المأذون له فى فرنسا سوف لايستطيع أن يبرم شروطا للتحكيم للفصل فى المنازعات المتعلقة بالتعهدات ، والمعاملات الحاصلة بلين التجار عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات قضائية – دون المحاكم التجارية المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها – إلا أنه – وعلى العكس من ذلك – سوف يستطيع أن يبرم شروطا للتحكيم للفصل فى المنازعات التى تقع بين الشركاء ، بسبب شركة تجارية ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحاكم التجارية المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها – فى الحدود التى يكون فيها القاصر المأذون باقيا فى الشركة ، شريكا غير تاجر .

كما أنه يمكنه إبرام شروطا للتحكيم ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية بين جميع الأشخاص ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحاكم التجارية المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها – [1] .

كما أنه يمكن الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – بين القاصر الذى بلغ سن الرشد فى فرنسا ، ووصيه ، بشأن تصفية حساب الوصاية بينهما ، وقت أن كان الأول قاصرا [2] ، [3] .

---

(١) أنظر :

Repertoire De Droit commercial . N . 10 et s .

(٢) أنظر :

GARSONNET et CEZAR – BRU : op . cit . , N . 235 et Note : 6 ; CARRE et CHAUVEAU : Lois de procedure civile et commercial . N . 2016 et s ; BERNARD – ALFRED : L'arbitrage volontaire . N . 39 et s ; JEAN – ROBERT : Arbitrage civile et commercial . edition Sirey .

أهلية الدولة ، أو أحد أشخاصها الإعتبارية العامة الأخرى لإبـرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فـى القـانون الوضعى الفرنسى (١) :

كانت المادة (١٠٠٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة تقضـى بعدم جواز إبرام الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصـل فى المنازعات التى كان القانون الوضعى الفرنسى يشترط إبلاغـها للنيابـة العامة الفرنسية ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفـراد عـاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقـها ، والفصـل فـى موضوعها** - وقد حددت المادة (٨٣) من مجموعة المرافعـات الفرنسـية السابقة هذه المنازعات ، وذكرت من بينها المنازعـات التـى تكـون أحـد أطرافها الدولة الفرنسية ، أو الدومين العام ، أو البلديـات ، أو المؤسسـات العامة الفرنسية . ومن ثم ، فإن الدولة الفرنسية ، والأشـخاص الإعتباريـة

Troisieme edition . 1961 . N . 7 et s . P . 19 et s . edition Dalloz . Cinquieme edition . 1983 . N . 7 et s . P . 11 et s .

(٢) فى دراسة الأهلية الازمة لإبرام شرط التحكيم ، أنظر :

DAVID RENE : L'arbitrage dans le commerce international . 1982. Economica . Paris . P . 339 et s . N . 189 ets ; VINCENT – GUINCHARD : Procedure civile . Dalloz . 1981 . P . 231 et s ; FOUCHARD – PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . P . 160 et s .

(١) أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليـها - ص ١٦٩ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيـم فى العلاقـات الدوليـة الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١١٨ ومابعدها .

العامة الأخرى الفرنسية كان يحظر عليها فى فرنسا إبرام اتفاقــات التحكيــم بنوعيها - **شرطا كان ، أم مشارطة** [١] .

وقد كان القضاء الفرنسى يطبق هذا الحظر بشكل طبيعى قبل تعديل القــانون الوضعى الفرنسى فى هذا الشأن - استنادا إلى نــص المــادتين (١/٨٣) ، (١٠٠٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة [٢] .

علاوة على ذلك ، فإن مجلس الدولة الفرنسى - **و منذ وقت مبكــر** - كــان يستند على هذا النص القانونى الوضعى ، لكى يستنبط المبدأ العام ، والخــلص بمنع الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية من الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفــاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفــراد عــاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصــة بتحقيقــها ، والفصــل فــى موضوعها** [٣] .

وظل هذا الحظر معمولا به فى قضاء مجلس الدولة الفرنســى منــذ ذلــك الوقت [٤] .

---

(١) فى دراسة ى أحكام نظام الإنفصال الجثمانى فى فرنسا ، أنظر :

ALEX WEILL – FRANCOIS TERRE : op . cit . , p . 447 et s .

(٢) أنظر :

C . E . 1 Mai . 1883 . Ville D'Aix – les – Batns ; Cass . Req . 25 Janv . 1926 . D . H . 1926 . 99 ; Trib . Civ . Seine . 25 Juin 1959 : Rev . Arb . 1960 . P . 30 .

وانظر أيضا : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولــة - المقالــة المشار إليها - ص ٤ .

(٣) أنظر :

J . M . AUBY et R . DRAGO : Traite du contentieux administratif . 3e ed . L . G . D . J . 1984 . N . 20 et s .

(٤) أنظر :

ويكمن أساس هذا المنع فى طابع النظام العام الفرنسى للإختصاص القضائى للمحاكم الإدارية فى فرنسا ، فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى القرن التاسع عشر على خروج منازعات الأشخاص الإعتبارية العامة من اطار نظام التحكيم ، إذ لايمكن إخراجها من اختصاص القضاء الإدارى فى فرنسا ، لاعتبارات تتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى .

وفى عام ١٩٥٠ ، بذل فقه القانون الوضعى الفرنسى جهدا كبيرا ، لكى يصل إلى أن المؤسسات العامة الفرنسية – **الصناعية** ، **والتجارية** – تستطيع إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة** ، **وغير المحددة** ، **أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عادين ن او هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها** ، **والفصل فى موضوعها** .

فالحجة المستمدة من الإختصاص القضائى للمحاكم الإدارية فى فرنسا والمتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى لايمكن الإستناد إليها لاستبعاد إمكانية إبرام المؤسسات العامة الفرنسية – **الصناعية** ، **والتجارية** – إتفاقات تحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة** ، **وغير المحددة** ، **أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عادين ن او هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة**

Cons d'Etat . 17 Juillet . 1896 . COLOUZARD : IEBON . P . 584 ; 13 Dec . 1957 : national de vente des surplus : IEBON . p . 678 ; J . C . P . it . MOTULSKY ; D. 1958 . 517 . conci . BAZIER , Note : IHUILLIER ; 20 Mai . 1966 . MEUNIER . P . 373 .

مشارا لهذه الأحكام القضائية فى :

Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1204 . ou commercial . Fasc . 212 . P . 9 .

ولمزيد من التفاصيل ، أنظر :

MOTULSKY : La capacite de compromettre des etablissement publics a contrats commercial a propos de l'arret societe national de vente surplus . Rev . Arb . 1958 .

بتحقيقها ، والفصل في موضوعــــها . فالمؤسســات العامــة الفرنســية - الصناعية ، والتجارية - تمارس نشاطا خاصا ، يكـــون خاضعــا لقواعــد الإدارة الخاصة (١) ..

ومع ذلك ، فقد أصرت محاكم القضـــاء الإدارى فـــى فرنســا علــى منــع المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى ، والتجارى من إبرام اتفاقات التحكيم للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبـــرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عـــادين أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصـــل فـــى موضوعها** . ويرجع سبب المنع هذا ، إلى أن النظـــام العـــام فـــى القـــانون الوضعى الفرنسى يكون مرتبطا بأفعال السلطة العامة ، وأن المحاكم الإداريــة فى فرنسا تختص إختصاصا قضائيا قاصرا ، بنظـــر المنازعـــات المتعلقـــة بأشخاص القانون العام (٢) .

إلا أن هذا القضاء كان محل انتقـــاد مـــن جـــانب فقـــه القـــانون الوضعـــى الفرنسى (٣) .

---

(١) أنظر :

P . DURAND : Le Reglement par voie transaction et d'arbitrage des differends de droit prive intersant les etablissements publics de caractere industriel et commercial . Droit social . 1949 ; HOUIN : La gestion des enterprises publique et les methodes de droit commercial . Arch . Phil . Droit . 1952 . 79 et s

(٢) أنظر :

13 Dec 1957 . Societe national de vent des surplus . D . 1958 . 517 .

(٣) أنظر :

MOTULSKY : L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit publics . Rev . Arb . 1956 . 38 et s ; La capacite de compromettre des etablissement publique a caractere commercial . Rev . Arb . 1958 . 39 ets ; J . ROBERT : Note sous Trib . des confilits . 19 Mai . 1958 . D . 1958 . 699 .

ولم تتردد محكمة استئناف باريس فى اتخاذ موقفا مستقلا ، **معلنـــة** أن منـــع المؤسسات العامة الفرنسية من إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتـــها **" المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيـــم "** عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عادين ن او هيئات غير قضائيـــة **- دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعـــها** - لاينطبـــق على الدولة الفرنسية . فحظر التحكيم لاينصرف إلى اتفاقات القانون الوضعى الخاص الفرنسى ذات الطابع الدولى (١) .

وبمعنى آخر ، فإن منع أشخاص القانون العام الفرنسى من إبرام اتفاقـــات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغـــير المحـــددة ، أو القائمـــة لحظة برام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشـــكل مـــن أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم **المختصـــة بتحقيقـــها والفصل فى موضوعها** -لايتعلق بالنظام العام الدولـــى ، ولكنـــه ذو إطـــار داخلى .

ومن ثم ، فلامانع من أن تخضع مؤسسة عامة فرنسية اتفاقها لقانون وضعـــى أجنبى يجيز لها الإتفاق على التحكيم ، للفصل فـــى منازعاتـــها " **المحتملـــة وغير المحددة ، أو القائمة لحظة برام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريـــق

---

(١) أنظر :

JEAN ROBERT . D . 1925 . P . 699 .

وانظر أيضا :

Paris . 10 Avril . 1957 . D . 1958 . 699 . Note : J . ROBERT .

صحيح أن هذا الحكم القضائى كان قد صدر بخصوص نزاع ذات طابع دولى . ومع ذلك ، فإن صياغتـــه يمكن أن تترك مجالا للإعتقاد بأن المبدأ الذى اعتقته محكمة باريس كان له صفة العموميـــة . وفى حكمـــين قضائيين صادرين عن محكمة Aix – en – Provence ، ومحكمة باريس إعتمدا نفس الحل الذى اعتقتـــه محكمة باريس فى حكمها القضائى المتقدم ذكره ، ولكن دائما فى مادة التحكيم الدولى أنظر : أشـــرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليـــها – ص ١٢٣ ، ١٢٤ .

هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** . فالدولة الفرنسية تستطيع فى عقودها الدولية - **والتى تعد بطبيعتها ، ووفقا لشكلها من عقود القانون الوضعى الخاص الفرنسى** - أن تتنازل عن حصانتها القضائية .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية شرعية شرط التحكيم **الموقع** من قبل الأشخاص العامة الفرنسية فى العقود الدولية ، وأن منع أشخاص القانون العام الفرنسى من إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة لحظة برام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - الوارد فى المادتين (٨٣) ، (١٠٠٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة لايتعلق بالأهلية بالمعنى الوارد فى نص المادة (٣) من القانون المدنى الفرنسى [١] .

فالقضاء الفرنسى قد قضى بأن الحظر الوارد على الدولة الفرنسية والأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى من أن تكون طرفا فى اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - تخص فقط اتفاقات التحكيم الداخلية ، ولاتمتد إلى اتفاقات التحكيم الدولية ، على أساس أن النصوص القانونية الوضعية الفرنسية التى تحظر على الدولة الفرنسية ، وغيرها من الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى أن تبرم اتفاقات تحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق

---

[١] أنظر :

Cass . Civ . 1 . 14 Avril . 1964 . D . 1964 . 637 . Note : J . ROBERT

أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها والفصل فى موضوعها** - يجوز مخالفتها ، حيث لاتعد من قبيل النظام العام الدولى .

فالمسألة تخضع لقواعد تنازع القوانين ، لكى يستبعد بموجب قواعد التنازع تطبيق أحكام القانون الوضعى الفرنسى فى هذا الشأن ، وليطبق أحكام قوانين وضعية أخرى ، تجيز صحة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - المبرم بواسطة الدولة الفرنسية ، أو أحد الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى . بل ويمكن استبعاد منهج التنازع كلية ، وتقرير قاعدة موضوعية من قواعد قانون التحكيم الدولى . مؤداها ، صحة شرط التحكيم المبرم بواسطة الدولة الفرنسية ، أو أحد الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى ، للفصل فى منازعات التجارة البحرية الدولية ، ودون اعتبار للقانون الوضعى الداخلى الفرنسى ، أو القانون الوضعى الأجنبى المطبق على نظام التحكيم المتفق عليه [1] .

وقد أكد تقرير وزير العدل الفرنسى إلى رئيس الوزراء فى فرنسا أن القواعد التى وضعتها محكمة الإستئناف ، لتسهيل الإلتجاء إلى التحكيم الدولى ليست محلا لإعادة النظر ، لأن أحكام قانون التحكيم الدولى فى فرنسا لاتتعلق بالإجراءات ، ولاتؤثر على المبادئ التى وضعتها المحكمة فيما يتعلق بالتحكيم الدولى ، وهذا الأمر يتعلق بصفة خاصة باتفاق التحكيم الدولى حيث لايمكن وضع عقبة فى وجهه ، لأن هذا الإتفاق قد أبرم من قبل الدولة الفرنسية ، أو شخص إعتبارى عام - **أى من أشخاص القانون العام**

---

(١) أنظر :

Paris . 10 Avril . 1957 . Clunet . 1958 . P . 1002 . Note : GOLDMAN ; Cass . Civ . 14 Avril . 1964 . Clunet . 1965 . P . 646 . Note : GOLDMAN ; Cass . Civ . 2 Mai . 1966 . Clunet . 1966 . P . 648 . Note : LEVEL .

وراجع كذلك الأحكام القضائية العديدة المشار إليها فى : أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٣٤ ومابعدها .

الفرنسية ، أو شخص إعتبارى عام – أى من أشخاص **القانون العام الفرنسى** – وقد كان من الصعب إعادة النظر فى هذه القواعد للأسباب الآتية

السبب الأول :

أن الإلتجاء إلى التحكيم قد أصبح أمرا عاديا ، وقد أصبحت القاعدة فى التجارة الدولية التى تشارك فيها الدولة الفرنسية ، ومؤسساتها العامة الأخرى أن تتضمن العقود شروطا تحكيمية .

والسبب الثانى :

أن الدولة الفرنسية قد تعهدت بموجب اتفاقية دولية أن تحترم الإلتزامات التى أخذتها على عاتقها فى مادة التحكيم (١) ، (٢).

ولم تتضمن اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية أى نص حول أهلية الدولة ، أو الأشخاص الإعتبارية العامة الأخرى لإبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ،**

---

(١) أنظر :

DAVID RENE : L'arbitrage dans le commerce international . P . 248 .

(٢) فى دراسة أحكام أهلية الإلتجاء إلى شرط التحكيم فى صدد العلاقات الدولية الخاصة ، أنظر :

CHRISTIAN BONHAMME : La sentence arbitrale de droit international prive . These . d'Aix – en – provence . 1964 . P . 34 et s ; EMIL – TYAN : Le Droit Francais de l'arbitrage . P . 60 et s ; JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Neuvieme edition . 1972 . N . 12 et s ; JEAN – ROBERT : Arbitrage . Troisieme edition . N . 9 , 10 , P . 20 et s .

وانظر أيضا : عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٧٠ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٢٩ ومابعدها .

والفصل فى موضوعها – فقد تركت الفقرة الأولى من المادة الخامسة منها هذه المسألة للقانون الوضعى الذى يطبق على الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، حيث قررت رفض الإعتراف بحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتنفيذه ، إذا أقام المطلوب التنفيذ ضده الدليل على أن أطراف الإتفاق على التحكيم كانوا – **وطبقا للقانون الوضعى الذى ينطبق عليهم** – فى إحدى صور عدم الأهلية ، وهذا يقور أن لكل دولة متعاقدة أن تأخذ فى هذا الموضوع بالقاعدة التى تقررها ، دون أى التزام دولى عليها ، فيما يختص بما إذا كانت الدولة المتعاقدة تملك ، أو لاتملك سلطة إبرام اتفاقات تحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** [1] .

فاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ ، بشأن الإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية لم تورد أية قواعد موضوعية فى هذا الشأن ، واكتفت أعمالها التحضيرية بايضاح أن مؤتمر الأمم المتحدة الذى أعد الإتفاقية حرص فقط على تأكيد أمر واحد ، ألا وهو استبعاد أية قيود فيما يتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا أطرافا فى اتفاقات التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى منازعاتهم " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** . فكافة الأشخاص الطبيعيين – **وأيا كانت جنسياتهم ، أو مكان توطنهم** – يجوز لهم الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى منازعاتهم

---

(١) أنظر :

R . DAVID : L'Arbitrage dans le commerce international . 1982 . P . 249 .

وانظر أيضا : سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – ص ٣٢٠ ، ٣٢٣١ .

" **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** .

وتحت عنوان أهلية الأشخاص الإعتبارية العامة للخضوع للتحكيم نصت الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجارى الدولى لعام ١٩٦١ ، **فى الفقرة** الأولى ، من مادتها الأولى على أهلية الأشخاص الإعتبارية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - إلا أنها عادت وقرر ت فى فقرتها الثانية ترك تحديد هذه المسألة ، وتقرير شروطها ، ونطاقها إلى الدول الموقعة على الإتفاقية .

كما أن القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى ، للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى لعام ١٩٨٥ لم يتضمن أى نص حول مسألة أهلية الأشخاص الإعتبارية العامة للخضوع للتحكيم ، ولكن يتضح من خلال نص الفقرة الخامسة من المادة الأولى منه - **والتى تنص على أنه** :

" **لايمس هذا القانون أى قانون آخر للدولة التى تتبناها لايجيز بمقتضاها الفصل فى منازعات معينة عن طريق التحكيم ، أو لايجوز عرض منازعات معينة على التحكيم إلا طبقا لأحكام أخرى غير أحكام هذا القانون** "

- عدم مساس القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى ، للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى لعام ١٩٨٥ بالقواعد القانونية ، أو المبادئ القضائية للدولة التى تتبنى هذا القانون النموذجى ، فيما يتعلق بمسألة سلطة الدولة ، أو الأشخاص الإعتبارية العامة فى إبرام اتفاقات تحكيم - **شروطا كانت ، أم مشارطات** - للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو

هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها [١] .

وفيما يتعلق بتحديد طبيعة البطلان الناتج عن مخالفة منع أشخاص القانون العام الفرنسي من إبرام اتفاقات التحكيم ، للفصل في منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة برام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها - - هل هو بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام الفرنسي ، أم أنه يكون بطلانا نسبيا يتعلق بالمصلحة الخاصة بالطرف في الإتفاق على التحكيم** - فإن البطلان في هذه الحالة يكون بطلان مطلقا ، متعلقا بالنظام العام الفرنسي ، بحيث يستطيع كل طرف من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أن يتمسك به ، ويجوز للقاضي الفرنسي أن يحكم به من تلقاء نفسه [٢] .

---

(١) في دراسة أهلية الدولة ، أو أحد الأشخاص الإعتبارية العامة الأخرى لإبرام اتفاقات التحكيم .- شروطا كانت ، أم مشارطات ، للفصل في منازعاتها منازعاتها " المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها - في المعاهدات الدولية ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقي - التحكيم في المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٨ ، ١٦٩ .

(٢) أنظر :

JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Hutieme edition . 1976 . P . 21 et s . N . 185 et s .

وانظر أيضا :

Trib . Civ . haxbebrouck . 5 Avril . 1890 . D . P . 1890 . D . P . 1893 . 2 . 254 ; Trib . Civ . Nevers. 1e Mars . 1891 . D . P . 1892 . 2 . 215 .

وانظر أيضا : عاطف محمد راشد الفقي - التحكيم في المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٠ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعي - النظام العام ، والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٢٧ .

وقد استمر منع أشخاص القانون العام الفرنسى من إبرام اتفاقات التحكيم للفصل فى منازعاتها " المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة برام الإتفاق على التحكيم " ، عن طريق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية - دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها - حتى بعد التعديلات التشريعية الحديثة ، والتى أدخلت على القانون المدنى الفرنسى فى عام ١٩٧٥ . إذ تولت المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى - والمعدلة بالقانون الوضعى الفرنسى رقم (٧٥-٥٩٦) ، والصادر فى ١٩٧٥/٧/٩ - تحديد المنازعات التى لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، وهى : مسائل الحالة ، والأهلية ، وتلك المتعلقة بالطلاق ، والإنفصال الجسمانى (١) ، أو المنازعات المتعلقة بالهيئات العامة ، والمؤسسات العامة . وبصفة عامة ، لايجوز التحكيم فى المواد المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى . ومع ذلك ، يمكن التصريح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى ، والتجارى بالتحكيم بموجب مرسوم .

فتنص المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى على أنه :

" لايجوز الإلتجاء إلى التحكيم فى مسائل الحالة المدنية وأهلية الأشخاص ومايتعلق بالطلاق والإنفصال الجسدى ، وكذلك فى شأن منازعات الجماعات العامة والمؤسسات العامة ، وبوجه عام فى كل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام " .

كما قرر القانون الوضعى الفرنسى رقم (٥٩٦) لسنة ١٩٧٥ إضافة فقرة جديدة للمادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى ، ونصها كالتالى :

---

(١) أنظر :

VEDEL : Droit Administratif . ed . 1984 . P . 613 .

" ومع ذلك فإنه يمكن أن يصرح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعى والتجارى – بموجب مرسوم – بأن تلجأ للتحكيم " .

فالتحكيم بصورة عامة ، كان – ولازال – محظورا فى فرنسا فى حدود طوائف معينة من العلاقات القانونية ، بصريح نص المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى – والمعدلة بالقانون الوضعى الفرنسى رقم (٧٥- ٥٩٦) ، والصادر فى ١٩٧٥/٧/٩ – بحيث لايجوز بالنسبة لهذه المسائل الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى المنازعات الناشئة بسببها ، أو بمناسبتها سواء فى صورة شرط للتحكيم ، أو مشارطته .

فيحظر التحكيم فى شأن المنازعات التى تتعلق بالدولة الفرنسية ، أو بالهيئات ، والمؤسسات العامة الفرنسية ، ويشترط بالنسبة للمشروعات العامة الصناعية ، والتجارية الفرنسية ، أن يرخص لها بمرسوم ، للإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتها [١] .

وبالرغم من إلغاء نصوص مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، واستبدالها بمجموعة المرافعات الفرنسية – والمضافة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠، والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا .

إلا أن منع الدولة الفرنسية ، والأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى من أن تكون طرفا فى الإتفاق على التحكيم ، مازال ساريا ، إعمالا لنص المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى – والمعدلة بالقانون الوضعى الفرنسى رقم (٧٥- ٥٩٦) ، والصادر فى ١٩٧٥/٧/٩ – والذى يقرر عدم إمكانية الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات " المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " المتعلقة

---

(١) أنظر :

VICTOR HAIM : Le choix du juge dans le contentieux des contrats administratifs . A . J . D . A . 20 Mai . 1992 . P . 318 .

بالأشخاص العامة ، والمؤسسات العامة الفرنسية . **والأشخاص العامة الفرنسية هى** : الدولة الفرنسية ، وأقاليمها الإدارية . **والمؤسسات العامة الفرنسية تعنى** : الأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية ، والمؤسسات الصناعية ، والتجارية الفرنسية . ومن ثم ، فإن منع الدولة الفرنسية والأشخاص الإعتبارية العامة الفرنسية الأخرى من إبرام اتفاقات تحكيم للفصل فى منازعاتها " **المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " عن طريق أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها** - لازال ساريا فى النصوص القانونية الوضعية الفرنسية [1] .

---

(١) أنظر :

A . MESTRE : Les etablissements publics industriels et Recours a l'arbitrage . Rev . Arb . 1976 . P . 3 et s .

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٢١ ومابعدها ، ص ١٣٤ ومابعدها .

المطلب الثانى

الأهلية الازمة للإتفاق على التحكيم

- شرطا كان ، أم مشارطة -

فى القانون الوضعى المصرى [1]

فكرة عامة عن أحكام الأهلية الازمة لمباشرة التصرفات القانونية فى القانون الوضعى المصرى :

الأهلية مناطها التمييز ، والشخص لايفقد أهليته إلا إذا لم تتوافر فيه أسباب التمييز . ويقدر سن التمييز فى القانون الوضعى المصرى بسبع سنوات ، فمن لم يبلغ السابعة من عمره ، يعتبر فاقدا للتمييز ، عديما للأهلية ، وقد نصت المادة (٢/٤٥) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز " .

ويستتبع ذلك ، أن جميع التصرفات القانونية الصادرة من الصغير قبل سن السابعة ، تعتبر باطلة ، لانعدام أهليته ، والبطلان عندئذ يكون بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، لانسبيا ، متعلقا بالمصلحة الخاصة للصغير . وعلى هذا ، فقد نصت المادة (٤٥) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" لايكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر فى السن ، أو عته ، أو جنون " .

---

(١) فى دراسة أحكام الأهلية الازمة للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٤٠ ومايليه ص ٤٨٥ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٤ ومابعدها .

وقد نصت المادة (١١٠) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" **ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة** " .

وهذا البطلان المطلق الذى يشوب العقد الصادر من الصبى غير المميز لاتصححه الإجازة ، وفقا لنص المادة (١٤١/١) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" **إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولايزول البطلان بالإجازة** " .

وعندئذ ، لاتفرقة بين عقود التبرع ، عقود التصرف ، عقود الإدارة ، وعقود الإغتناء ، فكلها لايستطيع الصبى غير المميز مباشرتها .

والصبى بعد سن السابعة يكون ناقصا الأهلية - **كالسفيه ، وذى الغفلة** - تطبيقا لنص المادة (٤٦) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" **كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد ، وكان سفيها ، أو ذا غفلة يكون ناقصا الأهلية وفقا لما يقرره القانون** " .

كما نصت المادة (١١١) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" **١- إذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .**

٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف عند بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه ، أو من المحكمة حسب الأحوال " .

وإذا كان البطلان عندئذ بطلانا نسبيا ، يتعلق بالمصلحة الخاصة للصغير فإن ذلك يجيز للصغير بعد بلوغه سن الرشد ، أو لمن له الولاية عليه ، أن

يطلب إبطال العقد ، دون الطرف الآخر فى العقد ، والذى لايملك التمسك بإبطاله ، ويعتبر العقد إلى حين إبطاله صحيحا منتجا لآثاره . كما أن إبطال التصرف يمتنع إذا أجازه من له إجازته – **كالولى ، أو الوصى ، أو المحكمة حسب الأحوال ، أو الصغير نفسه بعد بلوغه سن الرشد** (1) .

وفيما يتعلق بالمحجور عليه لجنون ، أو عته ، أو سفه ، أو غفلة ، فإنه ومن المعلوم أن الإنسان تكتمل أهليته ببلوغه سن الرشد – **وهى إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة** – ويظل على ذلك كامل الأهلية إلى أن يموت . ومن ثم ، تصح كافة التصرفات التى تصدر منه . ومع ذلك ، فقد يطرأ عليه مايعدم لديه التمييز ، أو يعيبه .

وعوارض الأهلية هى :

الجنون ، العته ، السفه ، والغفلة .

والجنون هو :

حالة مرضية تصيب الشخص ، فتفقده القدرة على التمييز ، ويصبح حكمه حكم الصبى عديم التمييز .

والعته هو :

ذلك الخلل الذى يعترى العقل ، فيفقده أيضا القدرة على الإدراك والتمييز .

فالجنون ، والعته من نفس النوع ، وإن اختلفا فى الدرجة (٢) . وقد ساوى القانون المدنى المصرى بينهما فى الحكم . فلا تصح التصرفات التى تصدر عن المجنون ، أو المعتوه ، سواء كانت هذه التصرفات ضارة ضررا محضا

---

(1) أنظر : محمد كمال حمدى – الولاية على المال – ص ١٢٨ .

(٢) فى تعريف الجنون ، والعته –كأحد عوارض الأهلية – فى أحكام القضاء المقارن ، تقدير قيامهما ، أهلية المجنون ، والمعتوه ، وحكم تصرفات المجنون ، والمعتوه ، أنظر : محمد كمال حمدى – الولاية على المال – ص ١٧٤ ومابعدها .

أو نافعة نفعا محضا ، أو كانت دائرة بين النفع ، والضرر [1] . وهـــذا هــو ماتنص عليه المادة (٤٥) من القانون المدنى المصرى بقولها أنه :

" لايكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فـــى السن أو عته أو جنون " .

وتنص المادة (١١٤) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ١- يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصـــرف بعــد تسجيل قرار الحجر .

٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون بــاطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر علــى بينة منها " .

ومفاد النص القانونى الوعى المصرى المتقدم ، أنه يجـــب التفرقــة بيــن فرضين :

الفرض الأول :

وفيه يكون تصرف المجنون ، أو المعتوه قد تم بعـــد تســجيل قــرار الحجر ، أو بعد تسجيل طلب الحجر :

وعندئذ ، يقع هذا التصرف بــاطلا ، حمايــة للمجنــون ، أو المعتــوه وليس للمتعاقد مع أى منهما أن يدعى حسن نيته . فالفرض أنه كان يعلم حالة الجنون ، أو العته ، ويستفاد هذا العلم من تسجيل قـــرار الحجـــر ، أو مـــن تسجيل طلب الحجر .

والفرض الثانى :

وفيه يكون تصرف المجنون ، أو المعتوه قد تم قبــــل تســـجيل قـــرار الحجر ، وقبل تسجيل طلب الحجر :

---

[1] فى دراسة أحكام تصرفات المجنون ، والمعتوه -كأحد عوارض الأهلية - أنظـــر : محمـــد كمـــال حمدى - المرجع السابق - ص ١٥٠ ومابعدها .

وعندئذ ، يجب أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى :

وفيها تكون حالة الجنون ، أو العته شائعة ، أو لاتكون شائعة ، مع علم المتعاقد الآخر مع المجنون ، أو المعتوه بحالته المرضية :

وعندئذ ، يقع هذا التصرف باطلا بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى .

والحالة الثانية :

وفيها لاتكون حالة الجنون ، أو العته شائعة ، ولم يكن المتعاقد مع المجون ، أو المعتوه على علم بمرضه ، ولم يكن باستطاعته إذا بذل جهدا معقولا أن يعلم بذلك :

وعندئذ ، لايكون التصرف باطلا ، حماية للغير حسن النية ، ويكفى القول ببطلان تصرف المجنون ، أو المعتوه ، إذا كان المتعاقد على علم بحالته ، أو كان من الواجب عليه العلم بها " **شيوع الجنون ، أو العته** " .

والسفه ، والغفلة هما :

عارضان يصيبان أهلية الشخص ، ولايترتب عليهما أن يصبح الشخص عديم الأهلية ، ولكنه يصير ناقصها – **شأنه فى ذلك شأن الصبى المميز " ناقص الأهلية "** .

والسفه هو :

حالة تصيب الشخص ، وتدفع به إلى إنفاق المال بلا طائل ، ولو كان ذلك على وجوه الخير .

أما الغفلة ، فيقصد بها :

سهولة التردى فى الغبن ، لسلامة النيـة ، وطيب القلب ، وكثيرا ملايهتدى ذو الغفلة إلى خير ماتصرف [١] ، [٢] .

وشأن السفيه ، وذو الغفلة شأن ناقص الأهلية ، فتقع تصرفاته قابلة للبطلان لمصلحته ، إذا كانت تدور بين النفع ، والضرر . وتقع صحيحة ، إذا كانت نافعة له نفعا محضا . أما إذا كانت ضارة به ضررا محضا ، فإنها تقع باطلة بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى .

وينطبق الحكم المتقدم على تصرفات السفيه ، وذى الغفلة ، إذا كانت قد صدرت بعد الحجر . أما إذا كانت قد صدرت قبل تسجيل الحجر ، أو قبل تسجيل طلب الحجر ، فإنها عندئذ لاتكون قابلة للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة غش ، أو تواطؤ " **المادة (٢/١٥٥) من القانون المدنى المصرى** " .

ويختلف حكم تصرفات المجنون ، والمعتوه عن تصرفات السفيه ، وذى الغفلة ، إذا كانت قد تمت قبل تسجيل قرار الحجر .

فبينما تقع تصرفات المجنون ، والمعتوه فى هذه الفترة باطلة بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، متى كانت حالة الجنون شائعة .

---

(١) أنظر : **سليمان مرقص** – المرجع السابق – ص ٦٠٥ ، **حسن كيرة** – المرجع السابق – بند ٢٩٨ .

(٢) **فى تعريف السفه ، والغفلة – كأحد عوارض الأهلية – فيصل التفرقة بينهما ، تقدير قيامهما ، توقيع الحجر بسببهما ، وحكم تصرفات السفيه ، وذى الغفلة ، أنظر : محمد كمال حمدى** – المرجع السابق – ص ١٩٣ ومابعدها .

فإن تصرفات السفيه ، وذى الغفلة لاتكون قابلة للإبطال ، إلا إذا كان المتعاقد معه على علم بحالته ، وأراد فضلا عن ذلك استغلال ، أو تواطؤ معه ، بقصد تمكنه من الهرب مقدما من آثار الحجر المتوقع [1] .

والأصل فى الإنسان كمال الأهلية ، وهو ماأشارت إليه المادة (١٠٩) من القانون المدنى المصرى ، بقولها أنه :

" كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون "

ومتى كان الشخص كامل الأهلية ، فإنه تثبت له القدرة على مباشرة الأعمال القانونية بأنواعها المختلفة ، لافرق فى ذلك بين أعمال الإدارة ، وأعمال التصرف . **إلا أن المشرع الوضعى المصرى قد خرج على هذه القاعدة العامة ، وأجاز للقاصر الذى لم يبلغ سن الرشد أهلية القيام ببعض التصرفات ، فى حالات عددها على سبيل الحصر ، وهى :**

الحالة الأولى :

تنص المادة (٦١) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ على أنه :

" للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له ، أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن المشرع الوضعى المصرى قد أراد التوفيق بين القاعدة القانونية التى تنص على قابلية تصرف القاصر للإبطال ، وبين الضرورات العملية التى تجعل القاصر مسلطا بحكم الواقع على مال يتعامل فيه مع الغير فى حدود ، وهو مطمئنا إلى سلامة التعامل . ولذلك ، فقد رأى أن يساير اتجاه بعض التشريعات الوضعية

---

(١) فى دراسة السفه ، والغفلة - كأحد عوارض الأهلية - أنظر : محمد كمال حمدى - قانون الولاية على المال - ص ١٩ ومابعدها .

الأجنبية ، فيقر للقاصر أهلية محدودة ، تقتصر على مايسلم له ، أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته . ومن ثم ، يكون القاصر - **في حدود هذا المال** - أهلا للإدارة ، والتصرف ، وتكون أعمال إدارته وتصرفاته صحيحة . ويكون المرجع فى تعيين تلك الحدود ، هو ماجرت به العادة ، مع الإعتداد بظروف الأشخاص ، وبيئاتهم الإجتماعية [1] .

والأهلية المقصودة فى نص المادة (٦١) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ هى أهلية التصرف ، وهى قاصرة على مايسلم للقاصر ، أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته . وتكون التزامات القاصر فى هذه الحدود صحيحة ، ولايكون له ، أو لوليه ، أو وصيه أن يتمسك بإبطال هذه التصرفات ، أو الإلتزامات التى وقعت على المال المسلم إليه ، أو الذى وضع تحت تصرفه عادة لأغراض نفقته ، لمجرد سبب قصره . أما ماقد يشوب تصرفه من أوجه البطلان المطلق ، أو القابلية للإبطال من عيوب الرضا ، فإنه يحق للولى ، أو الوصى التمسك ببطلانه ، أو إبطاله [2] .

ولقد جاء لفظ القاصر فى نص المادة (٦١) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ عاما . ومن ثم ، فإنه يشمل جميع مراحل القصر ، وتثبت للقاصر فيها أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته .

والذى يحدد صحة التصرف ، أو عدمه ليست هى حالة القاصر ، وإنما طبيعة الشئ المسلم له ، أو الذى وضع تحت تصرفه عادة ، لأغراض نفقته وأهلية التصرف للقاصر تكون ثابتة فيه بحكم نص المادة (٦١) من

---

[1] أنظر : سليمان مرقس - الإشارة المتقدمة ، حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٥٧٣ .

[2] فى التعريف بالقاصر ، والحكم القانونى لتصرفاته ، أنظر : محمد كمال حمدى - قانون الولاية على المال رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٢١ ومابعدها .

المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ وعلى من يتعامل مع القاصر مراعاة ذلك .

أما إذا كان القاصر يتعامل فيما ليس موضوعا تحت تصرفه مقدما ، أو سلم له عادة من مال ، لأغراض نفقته ، فإنه يستفيد من نقص أهليته ، ويكون له عندئذ التمسك ببطلان التصرف القانوني ، أو إبطاله – **حسب السن التي بلغها** – مادام أن التصرف القانوني قد وقع على مال لم يكن من بين ماأعطى للقاصر على سبيل النفقة .

الحالة الثانية :

تنص المادة (٦٢) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ على أنه :

" للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون ، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر ، أو مستقبله ، أو لمصلحة أخرى ظاهرة " .

الحالة الثالثة :

تنص المادة (٦٣) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ على أنه :

" يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر ، أو غيره ، ولايجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته " .

ومفاد النص القانوني الوضعى المصرى المتقدم ، أن المشرع الوضعى المصرى قد عرض لأهلية القاصر فى قبض أجره ، والتصرف فيه ، كنتيجة نتيجة منطقية لنص المادة (٦٢) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢. إذ مادام للقاصر المميز أهلية إبرام عقد العمل الفردى ، فإن مقتضى ذلك أن تكون له أهلية استيفاء الحقوق

الناشئة عن هذا العقد . **وأهمها** : قبض الأجر . وأهلية قبض الأجر تقتضى أهلية التصرف فيه .

ووفقا لنص المادة (٤٦) من القانون المدنى المصرى ، فإن السفيه وذى الغفلة يأخذان حكم الصبى المميز ، وتطبق عليهم جميعا باعتبارهم ناقصى أهلية أحكاما قانونية واحدة . ومن ثم ، فإن للسفيه ، وذى الغفلة إبرام عقد العمل الفردى ، وقبض الأجر ، والتصرف فيه ، ولامحل فى هذا الصدد للتفرقة بينهما ، وبين الصبى المميز ، باشتراط أهلية خاصة للأجير بعد بلوغه سن السادسة عشرة ، ليكون له حق التصرف فيما يقبضه من أجر . وتقتصر أهلية القاصر فى التصرف عندئذ على مايكسبه من عمله ، ففى مكنته القيام ببعض التصرفات القانونية بشأن هذا المال ، دون حاجة إلى إذن من المحكمة ، أو الوصى ، أو الولى ، ويكون فى ذلك كامل الأهلية . فالأجر الذى يتقاضاه القاصر مقابل عمله ، يعتبر مالا خاصا به ، وفى حدود هذا المال ، تكون للقاصر ذمة خاصة ، تقوم إلى جانب ذمته العامة ، وتستقل عنها .

وزيادة من المشرع الوضعى المصرى فى رعاية الصغير ، فإنه إذا ماتبين أن المصلحة تقتضى عدم إطلاق يده فيما يكسبه من عمله – **كأن يكون مثلا سيئ التصرف** – فإن الفقرة الثانية من المادة (٦٣) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ قد نصت على أنه :

" ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة ، أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية ، والوصاية " .

الحالة الرابعة :

تنص المادة (١١٢) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة

منه صحيحة ، متى بلغ الصبى ثمانى عشرة سنة ، وجاز له بعد إذن الولى ، أو المحكمة تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن المشرع الوضعى المصرى – ورغبة منه فى إعداد القاصر لإدارة أمواله ، بعد بلوغه سن الرشد – قد اعترف للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة من عمره بأهلية خاصة ، فأجاز الإذن له بالإدارة ، والإذن بالتجارة .

وتختلف أحكام الإذن بالإدارة ، والإذن بالتجارة للقاصر فى القانون الوضعى المصرى عنها فى القانون الوضعى الفرنسى المقارن ، وسوف نعرض لأحكام الإذن بالإدارة للقاصر ، وأحكام الإذن بالتجارة له فى القانون الوضعى المصرى ، على النحو التالى :

أولا :

إدارة القاصر المأذون له فى القانون الوضعى المصرى [1] :

تنص المادة (٥٤) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ على أنه :

" للولى أن يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، ويكون ذلك باشهاد لدى الموثق ، وله أن يسحب هذا الإذن ، أو يحد منه باشهاد آخر ، مع مراعاة حكم المادة (١٠٢٧) من قانون المرافعات المصرى " .

كما تنص المادة (٥٥) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ على أنه :

---

(١) فى استعراض أحكام الإذن بالإدارة للقاصر فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : محمد كمال حمدى – قانون الولاية على المال – منشأة المعارف بالأسكندرية – ١٩٨٧ – ص ١٣ ومابعدها ، محمد توفيق سعودى – القانون التجارى – الجزء الأول – المكتبة القانونية بالأسكندرية – ص ١٢٢ ومابعدها .

" يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وإذا رفضت المحكمة الإذن ، فلا يجوز تجديد طلبه قبل سنة من تاريخ صدور القرار النهائى " .

وتنص المادة (٥٦) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ على أنه :

" للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة ، وله أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ، ولكن يجوز له أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة ، ولايفى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا بإذن خاص من المحكمة فيما يملكه من ذلك ولايجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر الازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا " .

ومفاد النصوص القانونية الوضعية المصرية المتقدمة ، أن القاصر متى بلغ الثامنة عشرة من عمره ، فإنه يجوز له أن يؤذن له فى تسلم أمواله – **كلها ، أو بعضها** – لإدارتها . وإذا كان القاصر مشمولا بالولاية ، فإن الإذن بذلك يصدر من وليه بورقة رسمية ، ويشهر فى السجل المعد لذلك ، وفقا لأحكام المادة (١٠٢٧) من قانون المرافعات المصرى ، ضمانا لاستقرار المعاملات ، ورعاية لمصلحة القاصر [1] .

أما إذا كان القاصر مشمولا بالوصاية ، فإن الإذن يصدر عندئذ من المحكمة بعد سماع أقوال الوصى .

وكان قانون المحاكم الحسبية فى مصر رقم (١٩٩) لسنة ١٩٤٧ يقتصر على النص على إجازة الإذن للقاصر المشمول بالوصاية ، بعد سماع أقوال الوصى ، ولم يكن ينص على الإذن للقاصر المشمول بالولاية ، فرأى

[1] أنظر : محمد كمال حمدى – الولاية على المال – ص ١٥٨ ومابعدها .

المشرع الوضعي المصرى فى قانون الولاية على رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ التسوية بين مايكون من القصر في كنف وليه ، ومن يكون خاضعا للوصاية لأن حاجتهما إلى التجربة تكون واحدة ، لاسيما وأن الشريعة الإسلامية الغراء تجعل من حق الولى أن يأذن ولده المشمول بولايته [١] ، على أنه – **وضمانا لاستقرار المعاملات** – يشترط أن يكون الإذن باشهاد رسمى . وقد جعل للولى أن يسحب الإذن ، أو يحد منه ، وفقا لما تسفر عنه التجربة [٢] . ومتى أذن للقاصر فى تسلم أمواله كلها ، أو بعضها لإدارتها ، فإنه تثبت له أهلية مباشرة أعمال الإدارة بالنسبة للأموال التى أذن له فى تسلمها .

ولم تحدد المادة (٥٦)) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ أعمال الإدارة التى يجوز للقاصر المأذون له بتسلم أمواله – **كلها** ، **أو بعضها** – لإدارتها أن يباشرها . ومن ثم ، يعتبر القاصر المأذون له بتسلم أمواله – **كلها** ، **أو بعضها** – لإدارتها أهلا للقيام بجميع أعمال الإدارة ، مالم يكن هناك نصا قانونيا وضعيا مصريا يمنعه من ذلك – **كنصوص المواد (٥٦) ، (٥٧) ، (٥٨) من**

---

(١) من الملاحظ أن أحكام إدارة القاصر المأذون فى النظام القانونى الوضعى المصرى مأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، أنظر : على حسب الله – الولاية على المال ، والتعامل بالدين فى الشريعة الإسلامية ، محاضرات لقسم البحوث ، والدراسات القانونية ، بمعهد البحوث ، والدراسات العربية – سنة ١٩٦٧ .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ ، وأنظر أيضا : عبد الرزاق أحمد السنهورى – الوسيط – الجزء السادس – المجلد الأول – بند ٨٠ ص ٩٩ ، سليمان مرقس – عقد الإيجار – بند ١٦ ص ١٨٤ .

المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ [١] .

فلايجوز للقاصر المأذون له بتسلم أمواله - **كلها ، أو بعضها** - لإدارتها التصرف فى صافى دخله ، إلا بالقدر الازم لسد نفقاته ، ومن تلزمه نفقتهم قانونا .

كما لايجوز له أن يوفى الديون الأخرى ، غير التى تنشأ عن إدارة أمواله ولو كانت هذه الديون ثابتة بحكم قضائى واجبا النفاذ ، إلا بإذن خاص من المحكمة ، أو من الوصى ، وذلك فيما يملكه [٢] .

والإذن للقاصر بإدارة أمواله يشمل كذلك التصرفات التى تعتبر من قبيل الإدارة - **كبيع المنتجات الزراعية ، وشراء الأسمدة ، والبذور** - ولايعتبر هذا من قبيل التجارة ، والتى يلزم لها إذنا خاصا من المحكمة ، أو الوصى [٣] .

ويعتبر القاصر المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له فيه ، وفى التقاضى بشأن ماينشأ عنه من منازعات " **المادة (٦٤) من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢** " .

فقد راعى المشرع الوضعى المصرى حاجة القاصر إلى التقاضى لما ينتج من منازعات ، بسبب القيام بأعمال الإدارة ، ربما تؤدى إلى التقاضى ،

---

(١) أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية الحق - الطبعة الثانية - مكتبة جامعة القاهرة - ص ١٠٠ ومابعدها ، محمد على عمران - الوجيز فى شرح عقدى البيع ، والتأمين - الجزء الأول - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٣٨ ومابعدها .

(٢) مع مراعاة حكم المادة (١/٣٢٥) من القانون المدنى المصرى ، والتى تقضى بأنه :

" الوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الإلتزام ، إذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى " .

(٣) أنظر : محمد كمال حمدى - الولاية على المال - ص ١٩٦ ومابعدها .

فأجاز له أن تكون له أهلية التقاضى فيما أذن له فيه . وبمعنى آخر ، يعتبر القاصر المأذون له بالإدارة كامل الأهلية بالنسبة لما أذن له - سواء كانت **الأعمال التى قام بها تعد من قبيل أعمال الإدارة ، والتى أجاز له القانون الوضعى المصرى القيام بها ، أو من قبيل الأعمال التى اشترط القانون الوضعى المصرى الحصول على إذن خاص من المحكمة ، أو من الولى ، أو من الوصى بمباشرتها ، متى حصل على هذا الإذن .**

ويترتب على الإذن للقاصر بالإدارة ، أو بالتجارة ، إعتبار سلطة الولى أو الوصى مقيدة بالنسبة لما أذن له فيه ، لاسيما وأنه لايجوز للوصى ، أو الولى منافسة القاصر فى التصرفات المأذون له فى مباشرتها ، ويبقى الوصى فى أداء وظيفته بالنسبة للتصرفات التى تخرج عن حدود الإذن [1]

ثانيا :

حدود الإذن للقاصر بالتجارة (٢) :

تنص المادة (٥٧) من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ على أنه :

(١) أنظر : عبد الرزاق أحمد السنهورى - نظرية العقد - بند ٣٢٩ ص ٣٣١ .

(٢) فى دراسة أحكام الأهلية التجارية فى القانون الوضعى المصرى " القانون التجارى ، والقانون المدنى - سواء بالنسبة للراشدين ، أو القصر الذين بلغوا الثمانى عشرة سنة ، ولم يبلغوا الواحدة والعشرين ، سواء بالنسبة للوطنيين ، أو الأجانب . وكذلك ، للقصر الذين لم يبلغوا الثمانى عشرة سنة ، وأهلية النسلء للتجارة ، أنظر : حسنى المصرى - القانون التجارى - الكتاب الأول - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١٥١ ومايليه ص ١٧٦ ومابعدها ، محمد كمال حمدى - قانون الولاية على المال - ص ١٣٥ ومابعدها ، محمد توفيق سعودى - القانون التجارى - الجزء الأول - ١٩٩٣ - المكتبة القانونية بالأسكندرية - ص ١٢٢ ومابعدها .

" لايجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية ، أو بالوصاية أن يتجـر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذنا مطلقـا أو مقيدا " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أنه وفيما يتعلـق بمزاولـة القاصر للتجارة ، فإنه لايكفى الإذن له بالإدارة ، لأنها تنطوى على خطـورة وتستتبع مسئوليات جسيمة ، قد تودى بمال القاصر كله .

وقد يكون الإذن للقاصر بمزاولة مطلقا ، أو مقيدا .

وفى الحالة الأولى :

يكون القاصر المأذون له بمزاولة التجارة أهـلا للقيـام بجميـع أنـواع التجارة ، دون تقييد .

وفى الحالة الثانية :

يكون مقيدا بمزاولة نوع معين من أنواع التجارة .

ومتى أذن للقاصر بمزاولة التجارة ، فإنه يصبح أهلا للقيام بجميع الأعمـال التجارية التى أذن له بمباشرتها ، وله القيام بالأعمال الأخرى الازمة لمباشـرة تجارته ، فله أن يبيع ، ويشترى ، ويقرض ، ويقترض ، على خلاف المبـدأ العام الذى يقضى بعدم جواز التصرفات الدائرة بين النفع ، والضرر من غير البالغ الرشيد ، ويقاضى ، ويتقاضى ، ويصالح ، ويحتكم ، ويسـرى التقـادم فى مواجهته ، ويحرم من قواعد الغبن المقـررة لمصلحـة القـاصر . وإذا احترف القيام بالأعمال التجارية ، فإنه يكتسب صفة التاجر ، ويمكـن شـهر إفلاسه [1] .

ويكون للقاصر عندئذ موطنا خاصا بالنسبة للأعمـال ، والتصرفـات التـى يعتبره القانون الوضعى المصرى أهلا لمباشرتها " **المـادة (٢/٤٢) مـن القانون المدنى المصرى** " .

---

(١) أنظر : محمد كمال حمدى – المرجع السابق – ص ١٩٦ .

الحالة الخامسة :

تنص المادة (٦٠) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ على أنه :

" **إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال كان ذلك إذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق** " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن مجرد إذن المحكمة بزواج القاصر الذى له مالا يتضمن فى حد ذاته إذنا له بالتصرف فى المهر والنفقة ، مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن ، أو فى قرار لاحق . بمعنى ، أنه لايلزم إذن المحكمة للقاصر بالتصرف فى المهر والنفقة ، بل يكفى لإمكانية التصرف فيهما ، صدور إذن من المحكمة بزواجه [1] .

ولفظ التصرف فى نص المادة (٦٠) من المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ يشمل التصرفات بمعناها الواسع . وبوجه خاص ، الإبراء ، والصلح ، والتحكيم [2] .

تطبيق أحكام الأهلية فى القانون الوضعى المصرى على اتفاقات التحكيم :

تنص المادة (٥٠١) من نصوص قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – على أنه : " **لايصح الإتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف** " .

---

(١) أنظر : محمد كمال حمدى – المرجع السابق – ص ١٣٩ – الهامش رقم (٣٥) .

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٤٢ ص ١١٢ .

كما تنص المادة (١١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **لايجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الإعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه .... "** .

ومفاد النصين القانونيين المتقدمين ، أنه يجب توافر الأهلية لدى أطراف الإتفاق على التحكيم ، إلا أن للأهلية هنا معنى محددا ، فما هو هذا المعنى ؟ .

لقد أوجبت الأنظمة القانونية – **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – ضرورة توافر أهلية التصرف فى الحقوق التى يشملها الإتفاق على التحكيم لدى الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

فالأهلية المطلوبة لصحة الإتفاق على التحكيم هى أهلية التصرف **La capacite de disposition** بالنسبة للحق المتفق على التحكيم بصدده [1] وليست أهلية **الإختصام capacite d'estere en justice** ، إذ لاتكفى هذه الأهلية للإتفاق على التحكيم .

ومن ثم ، فإنه لايمكن أن يكون طرفا فى الإتفاق على التحكيم " **طرف محتكم** " ، الشخص الذى لايكون له التصرف في الحقوق التى يشملها الإتفاق على التحكيم ، حتى ولو كانت لديه أهلية الإختصام [2] .

---

(١) أنظر : **أحمد أبو الوفا** – التحكيم الإختيارى – مقالة منشورة فى مجلة كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – ١٩٥٢ /١٩٥٣ – السنة السادسة – بند ٣ ص ٤ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٠ ص ٥٤ ، **فتحى والى** – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الطبعة الثانية – ١٩٧٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٤١١ ص ٧١٦ ، **نبيل إسماعيل عمر** – أصول المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٥٧٦ ص ٦٤٨ .

(٢) أنظر : **محمود محمد هاشم** – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٤٢ ص ١١٣ .

كما لايلزم لصحة الإتفاق على التحكيم توافر أهلية التبرع لدى الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " ، لأن الإتفاق على التحكيم ليس من قبيل التبرع بالحق الذى يشمله [1] .

فالأهلية الازمة لصحة الإتفاق على التحكيم هى أهلية التصرف فى الحق المتنازع عليه موضوع الإتفاق على التحكيم ، فلاتكفى أهلية التقاضى ولاتشترط أهلية التبرع لدى الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " .

وأهلية التصرف فى الحق المتنازع عليه موضوع الإتفاق على التحكيم يجب توافرها فى الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " ، أيا كانت صورة الإتفاق على التحكيم ، سواء كان فى صورة شرط للتحكيم ، يواجه منازعة محتملة ، وغير محددة ، أم فى صورة مشارطة تحكيم ، تواجه منازعة محددة ، وقائمة بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

كما يجب أن تتوافر أهلية التصرف فى الحق المتنازع عليه موضوع الإتفاق على التحكيم لدى أطرافه [2] .

وتطبيقا لذلك ، فإن القاصر لايملك قبول التحكيم [3] ، **إذ ليس له التصرف** فى أمواله ، إلا بإذن من المحكمة ، وفى الأحوال المقررة قانونا .

---

(١) أنظر : **أحمد أبو الوفا** – الإشارة المتقدمة .

[2] أنظر : **هشام الطويل** – الدفع بعدم القبول فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ص ٢٣٤ .

[3] أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١٣٦٦ ص ١٢٩ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى – المقالة المشار إليها – بند ٢٣ ص ٤ ، التحكيم الإختيارى ، الإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٠ ص ٥٥ ، أبو اليزيد على المتيت – التحكيم البحرى – مقالة منشورة فى مجلة هيئة قضايا الدولة – السنة التاسعة عشر – العدد الأول – ص ٣٨ ومابعدها ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى –

فالقاصر وإن كان يملك حق التقاضى ، عندما يباشر إدارة أعماله ، وأملاكه **- وبخصوص هذه الإدارة فقط** - إلا أنه لايملك الإتفاق التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها ، لأنه لايملك التصرف في صافى دخله ، إلا فى الحدود الضيقة المقررة فى المرسوم بقانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ [1] . وكذلك - **ومن باب أولى** - عديم الأهلية .

ولكن وإذا كان القاصر لايستطيع أن يكون طرفا طرفا فى الإتفاق على التحكيم ، إلا أن بعضا من الأنظمة القانونية الوضعية . ومنها ، النظام القانونى الوضعى المصرى تجيز على سبيل الإستثناء للقصر التصرف في بعض الحقوق ، فيكون لهؤلاء أهلية الإتفاق على التحكيم فيما يتعلق بهذه الحقوق .

فإذا كنا قد رأينا عند بداية استعراض أحكام الأهلية في القانون الوضعى المصرى أن للقاصر أهلية التصرف فى نوع معين من دخله ، فإنه يكون له أهلية الإتفاق على التحكيم فيما يتعلق بهذه الحقوق .

فالمادة (٦١) من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ تنص على أنه :

ص ١٨٦ ، عزمى عبد الفتاح - قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى القاهرة - ص ٢٤٤ ، هشام الطويل - الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٢٣٤ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٤٢ ص ١١٣ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٦١٥ ومابعدها .

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - بند ٢٠ ص ٥٦ .

" للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط " .

كما تنص المادة (٦٣) من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ على أنه :

" القاصر الذى بلغ السادسة عشرة يكون أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولايجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته " .

ففى مثل هذه الحالات ، ومايشابهها ، فإنه يجوز للقاصر قبول التحكيم ، مع مراعاة القيود المقررة فى القانون الوضعى المصرى فى هذا الشأن [1] .

كمايملك القاصر إذا بلغ سن الرشد أن يتفق على التحكيم فى شأن أى خلاف بينه ، وبين وصيه ، حول تصفية الحساب بينهما ، وقت أن كان الأول قاصرا [2] .

والمحجور عليه – **لأى سبب من أسباب عوارض الأهلية** – لايملك قبول التحكيم ، أى لايستطيع المحجور عليه أن يكون طرفا فى الإتفاق على التحكيم [3] ، مع مراعاة تحديد وقت إبرام الإتفاق على التحكيم ، وماإذا كان قد تم قبل توقيع الحجر ، أم بعده ، لأهمية ذلك بالنسبة لأحكام القانون الوضعى المصرى المتعلقة بالأهلية ، وعوارضها ، والتى تستوجب توقيع

---

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٠ ص ٥٦ .

(2) أنظر : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة .

(3) أنظر : رمزى سيف – قواعد تنفيذ الأحكام – بند ٨٣ ص ٧٣ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ –١٩٨٨ – بند ٢٠ ص ٥٥ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٤٢ ص ٢٣ .

الحجر على من أصيب بإحدى هذه العوارض ، وأهمية تحديد وقت إبرام التصرف القانونى ، لمعرفة الأحكام القانونية التى تسرى عليه .

وإذا كانت المادة (٦٧) من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ قد أجازت للمحجور عليه - **لسفه** ، **أو غفلة** - أن يتسلم أمواله - **كلها** ، **أو بعضها** - لإدارتها ، بإذن من المحكمة ، ولم تنص على حقه على طلب الإذن بالإشتغال بالتجارة - **كما فعلت بالنسبة للصبى المميز ، والبالغ من العمر ثمانية عشر عاما** . إلا أنه وبالرغم من ذلك ، فإن المحجور عليه ، والمأذون له بإدارة أمواله لايستطيع الإتفاق على التحكيم ، كالقاصر المأذون له بتسلم أمواله - **كلها** ، أو **بعضها** - لإدارتها .

جزاء نقص أهلية الطرف فى الإتفاق على التحكيم :

إذا رضى بالتحكيم من لايملك التصرف فى الحق المتنازع عليه ، فإنه يترتب على ذلك بطلان الإتفاق على التحكيم " **شرطا** ، **أم مشارطة** " .

موقف فقه القانون الوضعى المقارن ، وأحكام القضاء من طبيعة بطلان الإتفاق على التحكيم ، لنقص أهلية الطرف فيه [1] :

ثار الخلاف فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن حول طبيعة بطلان الإتفاق على التحكيم ، لنقص أهلية الطرف فيه ، ومااإذا كان بطلانا نسبيا ، لايتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المقارن ، وإنما يتعلق بالمصلحة الخاصة للطرف فى الإتفاق على التحكيم ناقص الأهلية ، أم

---

(١) فى دراسة جزاء نقص أهلية الطرف فى الإتفاق على التحكيم ، أنظر :

JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – neuvieme edition . 1978 . Dalloz . N . 21 et s ; VINCENT et GUINCHARD : Procedure civile . 22ed edition . 1991 . Dalloz . N . 992 et s . P . 750 et s .

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١١٨ ، ١١٩ .

بطلانا مطلقا ، يتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المقارن . ويمكن فى هذا الشأن رصد اتجاهين (١) :

الإتجاه الأول :

يكيف البطلان المترتب على مخالفة الإتفاق على التحكيم لقواعد الأهلية المقررة قانونا على أنه بطلانا مطلقا ، يتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المقارن (٢) .

فإذا رفع النزاع محل الإتفاق على التحكيم - **والمخالف لقواعد الأهلية فى القانون الوضعى المقارن** - إلى المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، وتمسك المدعى عليه بوجوب عرضه على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، فإنه يجوز للمحكمة المرفوع إليها الأمر أن تقضى بهذا البطلان من تلقاء نفسها .

كما يجوز أن يتمسك به أى من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، سواء كان المتمسك ببطلان الإتفاق على التحكيم هو الطرف

---

(١) أنظر :

JEAN-VINCENT et GABRIEL MONTAGNIER , ANDRE VARINARD : Deuxieme edition . 1985 . Dalloz . La Justice et ses institutions . N . 1348 . P . 864 ; Repertoire De Droit Procedure civile . Arbitrage . Droit interne . 1988 . T . 1 . N . 166 et s .

(٢) أنظر :

Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 11 . 1977 . Compromis . Clause compromissoire . N . 64 et s.

وأنظر أيضا : رمزى سيف - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - بند ٨٣ ص ٧٣ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - بند ١٧ ، التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثانية عشر - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٢٧٩ ، التحكيم الإختيارى - المقالة المشار إليها - بند ١ ص ٥ ، بند ١٢ ص ٤ - الهامش رقم (٣) ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢١ ص ٥٧ ، ٥٨ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ١٩ ص ١٠٩ .

ناقص الأهلية نفسه ، أم كان المتمسك به هو الطرف الآخر المتعاقد معـــه . وكما يجوز لذى الأهلية أن يتمسك ببطلان إجـــراءات خصومـــة التحكيـــم ، لانعدام أهلية خصمه ، حتى لايجبر على موالاة إجراءات مهددة بـــالزوال ، فإنه يجوز لأى خصم التمسك ببطلان الإتفاق على التحكيم ، لعدم أهلية أحـــد الخصوم " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

كما يجب على المحكمة عندئذ أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفســـها ، حتـــى لاتستمر فى إجراءات مصيرها إلى الزوال ، والبطلان [1] .

وبالرغم من ذلك ، فإن جانبا من فقه القانون الوضعى المقـــارن – **والمؤيـــد لتكييف البطلان المترتب على مخالفة الإتفاق على التحكيم لقواعد الأهليـــة المقررة قانونا على أنه بطلانا مطلقا ، يتعلق بالنظام العـــام فـــى القـــانون الوضعى المقارن** – يعود فيقرر أنه إذا حكمت هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على القاصر ، جاز له هو ، أو مـــن يمثله قانونا التمسك ببطلان الإتفاق على التحكيم ، عند التظلـــم مـــن الأمـــر الصادر من القضاء العام فى الدولة بتنفيذ حكم التحكيم الصادر فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولايجوز عندئذ لأى خصم آخر التمسك بـــهذا

---

(١) ولاينبغى الخلط بين بطلان الإتفاق على التحكيم ، لانعدام أهلية أحد الأطراف المحتكمين " الطـــرف فى الإتفاق على التحكيم " ، أو لنقصها ، وبين بطلان الخصومة فى التحكيم ، بسبب نقص أهلية أحد طرفيها ، وبطلان الحكم القضائى الصادر على ناقص الأهلية ، وبطلان الحكم القضائى الصادر علـى خصم فى غفلة منه ، إذا قام به سبب من أسباب انقطاع الخصومة .

فالبطلان الأول يكون بطلانا موضوعيا ، يلحق الإتفاق على التحكيم .

بينما البطلان فى الأحوال الأخرى ، هو بطلانا إجرائيا ، يلحق بالإجراءات .

ومن الواجب إعمال قواعد القانون المدنى المقارن بالنسبة لبطلان الإتفاق على التحكيم .

وإعمال قواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية بالنسبة للبطلان فى الأحوال الأخـــرى ، دون الخلـــط بينهما ، أو بين أحكامهما . فى التمييز بين بطلان الإتفاق على التحكيم ، وبطلان الخصومة فى التحكيـــم ، أنظر : **أحمد أبو الوفا** – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بنـد ١٠٣ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠، **المؤلف** – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٤٤ ص ٤٩٦ ، ٤٩٧ .

موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولايجوز عندئذ لأى خصم آخر التمسك بهذا البطلان .

كما لايملك القاضى العام فى الدولة عندئذ الحكم به من تلقاء نفسه .

والإتجاه الثانى :

يكيف البطلان المترتب على مخالفة الإتفاق على التحكيم لقواعد الأهلية المقررة قانونا على أنه بطلانا نسبيا ، يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " (١) :

فالبطلان النسبى المترتب على نقص أهلية أحد الأطراف المحتكمين **" الطرف فى الإتفاق على التحكيم "** ، هو التكييف الذى يجب إعماله والإعتداد به ، لاتفاقه مع المنطق القانونى ، وسلامة الأساس الذى يستند إليه ذلك أنه طالما أن المشرع الوضعى قد استلزم أهلية التصرف فى الحق

---

(١) أنظر :

Dalloz Nouveau Repertoire De Droit . 1947 . N . 26 ; **GLASSON , TISSIER et MOREL** : Procedure civile . T . 5 . N . 1810 ; Repertoire De Droit civile . Deuxieme edition . T . 11 . 1977 . N . 64 ; **BERTRAND MOREU – THIERRY BERNARD** : Droit interne et droit international de l'arbitrage . 2e ed . P . 21 et s ; **JEAN – ROBERT et B . MOREAU** : L'arbitrage . Droit interne . Droit international prive . 5eme . ed. Dalloz . 1983 . P . 11 et s ; **RENE DAVID** : L'arbitrage dans le commerce international . Economica . Paris . 1982 . P . 339 et s .

وانظر أيضا : محمد حامد فهمى – قواعد تنفيذ الأحكام – بند ٥٥ ، فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – بند ٤٢٢ ص ٧٣٢ ، عزمى عبد الفتاح – قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات – ١٩٨٣ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٢٤٤ ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٧ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – ص ١١٢٠ ، محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – بند ١٢ ومايليه ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٤٣ ص ١١٤ .

المتنازع عليه ، لصحة الإتفاق على التحكيم - **أى الأهلية بمعناها الموضوعى** - فإنه ينبغى عندئذ تطبيق قواعد القانون الوضعى الموضوعى والإعتداد بالبطلان النسبى المترتب على نقص أهلية أحد الأطراف المحتكمين " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " .

ومن ثم ، لايملك غير ناقص الأهلية التمسك ببطلان الإتفاق على التحكيم ولاتملك المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولايستطيع الطرف الآخر المتعاقد مع ناقص الأهلية التمسك ببطلان الإتفاق على التحكيم بسبب نقص الأهلية .

أما البطلان الناشئ عن انعدام أهلية الطرف فى الإتفاق على التحكيم ، فهو بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى ، ويجوز عندئذ لكل طرف فى الإتفاق على التحكيم التمسك به .

كما يجوز للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها ، ودون طلب من صاحب المصلحة .

فالأخذ بتكييف البطلان المترتب على مخالفة الإتفاق على التحكيم لقواعد الأهلية المقررة قانونا على أنه بطلانا مطلقا ، يتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى ، سوف يجعل الجزاء الواحد المترتب على عيب واحد - **وهو مخالفة الإتفاق على التحكيم لقواعد الأهلية المقررة قانونا** - يخضع لنظامين قانونيين مختلفين ، حيث سيكون الجزاء هو البطلان المطلق والمتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى ، قبل صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والبطلان النسبى بعد صدوره ، بالرغم من أن السبب يكون واحدا فى الحالتين ، ألا وهو نقص أهلية أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

كما أنه لايمكن الأخذ بتكييف البطلان المترتب على مخالفة الإتفاق على التحكيم لقواعد الأهلية المقررة قانونا - **لنقص ، أو انعدام أهلية أحد الأطراف المحتكمين " الطرف فى الإتفاق على التحكيم "** - على أنه بطلانا

مطلقا ، يتعلق بالنظام العام في القانون الوضعي ، لأن أنصاره قد أجروا قياسا غير صحيح ، لايستند على أساس قانوني سليم ، لأن الجزاء الذي أورده القانون الوضعي المصري في المادة (١٣٠) من قانون المرافعات المصري هو الإنقطاع ، وليس البطلان - **لا المطلق ، ولاحتى البطلان النسبي** .

فضلا عن أن الإنقطاع هو جزاء يترتب بقوة القانون الوضعي ، وليس بحكم المحكمة ، وإن حكمت به المحكمة ، فلا يعدوا أن يكون الحكم القضائي الصادر منها عندئذ مقررا لجزاء تم بالفعل منذ تحقق سببه .

وقد أكد القانون الوضعي المصري نسبية البطلان في الأعمال التي تتم في الخصومة القضائية أثناء إنقطاعها .

وقد استقرت أحكام المحاكم على اعتبار بطلان الإتفاق على التحكيم التحكيم ، لنقص أهلية أحد الأطراف المحتكمين " **الطرف في الإتفاق على التحكيم** " يكون بطلانا نسبيا ، لايجوز لغير ناقص الأهلية التمسك به .

كما لايجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .

ولايجوز التمسك ببطلان الإتفاق على التحكيم من غير أطرافه ، مالم يتصل الأمر بالنظام العام ، فيكون لكل خصم في الدعوى القضائية التمسك بالبطلان وكذا ، النيابة العامة ، إذا كانت طرفا منضما فيها . كما يجب على المحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها [١] .

---

[١] راجع الأحكام القضائية المشار إليها في مؤلف :**أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٥٤ ص ١٣٩ - الهامش رقم (٣) . وانظر أيضا : حكم محكمة النقض المصرية - الصادر في ١٩٧١/٢/١٦ - س (٢٢) - ص ١٧٩ . مشارا لهذا الحكم القضائي في مؤلف - عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ص ١١٢٥ . وانظر أيضا : حكم محكمة النقض المصرية - الصادر في جلسة ١٩٤٨/١١/١٨ - الطعن رقم (٧٣) - لسنة (١٧) ق - ص ٣٩٧ . مشارا لهذا الحكم القضائي في : حسن الفكهاني - الموسوعة - الجزء الرابع - ص ٥٤١ .

الحل المختار :

ومن جانبنا ، نميل إلى تكييف البطلان المترتب على مخالفة الإتفاق على التحكيم لقواعد الأهلية المقررة قانونا على أنه بطلانا نسبيا ، يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لاتفاقه مع المنطق القانوني السليم ، وصحة الأساس الذى يستند إليه ، فى تفسيره لقواعد القانون الوضعى الموضوعى المتعلقة بالأهلية ، ولعدم تسليمنا بتفسير من كيف البطلان المترتب على مخالفة الإتفاق على التحكيم لقواعد الأهلية المقررة قانونا على أنه بطلانا مطلقا ، يتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى لنص المادة (١٣٠) من قانون المرافعات المصرى والقياس غير الصحيح للفرض المعروض أمامنا – **وهى مخالفة الإتفاق على التحكيم لقواعد الأهلية فى القانون الوضعى المقارن** – وحالة الإنقطاع المترتب بقوة القانون الوضعى كجزاء ، تطبيقا لنص المادة (١٣٠) من قانون المرافعات المصرى ، فهى تتحدث عن الإنقطاع ، وليس البطلان بأى من نوعيه " **المطلق ، أو النسبى** " .

ونرى فى ذلك وجوب تطبيق القواعد العامة فى هذا الشأن ، والتى تقضى بالبطلان المطلق للإتفاق على التحكيم ، إذا كان الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " ، أو كليهما عديمى الأهلية . والبطلان النسبى له ، إذا كان أحد طرفى الإتفاق على التحكيم ، أو كليهما ناقصى الأهلية ، بحيث أن البطلان المترتب على نقص أهلية أحد الأطراف المحتكمين " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " ، يكون عندئذ هو البطلان النسبى للإتفاق على التحكيم والذى يكون لناقص الأهلية ، أو من يمثله وحده به ، دون أن يستطيع الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم التمسك به ، كما لاتستطيع المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

والإتفاق على التحكيم إذا كان باطلا فى شق منه فقط ، أو بالنسبة لأحد أطرافه فقط ، فإن هذا الطرف وحده ، أو من يمثله ، هو الذى يملك التمسك

ببطلانه ، فلايتمسك به إلا من شرع لمصلحته ، وفقا لقواعد القانون المدني المقررة بالنسبة للبطلان النسبي للعقود ، والتصرفات القانونية بصفة عامة ، وقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المتعلقة بالبطلان الذي لايتصل بالنظام العام في القانون الوضعي .

أما إذا كان البطلان من النظام العام في القانون الوضعي ، فإنه يجوز أن يتمسك به كل طرف من الأطراف المحتكمين " **الطرف في الإتفاق على التحكيم** " ، ووجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .

وإذا تعدد الأطراف في الإتفاق على التحكيم ، وكان باطلا بطلانا نسبيا بالنسبة لأحدهم فقط ، فلايملك الباقون التمسك ببطلانه بالنسبة إليه ، لأن هذا البطلان يكون نسبيا ، مقررا لحمايته وحده .

وبمعنى آخر ، إذا تعدد أطراف الإتفاق على التحكيم ، وكان بينهم ناقص أهلية ، فإنه لايفيد من التمسك ببطلانه ، سوى الخصم ناقص الأهلية الذي تقرر البطلان لمصلحته ، ولايبطل بالنسبة للباقين (1) ، ولكن لهم أن يدفعوا ببطلان الإتفاق على التحكيم ، وعدم الإعتداد به ، بعد القضاء ببطلان الإتفاق على التحكيم لمصلحته ، على أساس قاعدة عدم التجزئة .

ومن الملاحظ أن النصوص المنظمة للتحكيم ، والتي كانت واردة ضمن نصوص قانون المرافعات المصري الحالي رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " **المواد من (٥٠١) – (٥١٣)** " – **والملغاة في مصر بواسطة قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية** – وكذا ، نصوص التحكيم الواردة في مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، وقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة

---

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٤١ ص ١١٧ ، ١١٨ ، عبد المنعم عبد الباقي – بحث التجزئة – مجلة المحاماه المصرية – السنة الحادية ، والسبعون – العددان الأول ، والثاني – يناير / فبراير سنة ١٩٩١ – ص ص ١٦٧ – ١٧٨ .

١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية لم تتضمن النص على عدم جواز تجزئة التحكيم ، مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، والذي يعد من القواعد المستقر عليها في فقه القانون الوضعي المقارن[١] .

في حين تنص المادة (٥٥٧) من القانون المدني المصري على أنه :

"١ – **الصلح لايتجزأ ، وبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله .**

٢– على أن هذا الحكم لايسري إذا تبين من عبارات العقد ، أو من الظروف أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض " .

أما التحكيم بالقضاء " **التحكيم العادي** " فهو يقبل التجزئة بطبيعته – **سواء من ناحية الموضوع ، أم من ناحية الأطراف** – ولايستثنى من هذه القاعدة ، إلا الحالة التي يكون فيها موضوع الإتفاق على التحكيم لايقبل التجزئة – **بحسب طبيعته ، أم بنص القانون الوضعي المصري** .

أثر وفاة الطرف في الإتفاق على التحكيم ، أو خروجه عن أهليته ، أو زوال صفة من كان يمثله :

الأصل أنه إذا تم الإتفاق على التحكيم صحيحا – **بأن وقعه ، أو قبله شخص أهل للقيام به ، وكان ذلك في حدود سلطته** – فإنه يكون ملزما لأطرافه ، ولايؤثر في هذه القوة ، وفاة أحد الأطراف المحتكمين " **الطرف في الإتفاق على التحكيم** " ، أو خروجه عن أهليته ، أو زوال صفة من كان

---

[١] أنظر في ذلك : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري والإجباري – ط٥– ١٩٨٨ – بند ٤١ ص ١١٧ ، ١١٨ .

يمثله – إما بوفاته ، أو خروجه عن أهليته ، أو بسلب سلطته – طالما كان ذلك بعد انعقاد الإتفاق على التحكيم (١) .

والإتفاق على التحكيم في هذا لايختلف عن أي عقد من العقود الأخرى ، إلا أن هناك بعض الجوانب في المسألة من الازم أن نعرض لها ، على النحو الآتي :

أولا :

الوضع في ظل مجموعتي المرافعات الفرنسية ، والمصرية السابقتين :

كانت المادتان (١٠١٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، (٨٣٠) من مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ تنصان على أنه :

" **إذا مات أحد المحتكمين وكان ورثته جميعا راشدين ، فلا يؤدي ذلك إلى انقضاء التحكيم ، وإنما يمد الميعاد المضروب لإصدار الحكم ثلاثين يوما ، وبالتالي إذا مات أحد المحتكمين وكان من بين ورثته قاصرا ، فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء التحكيم** " .

ومفاد النص القانوني الوضعي المتقدم ، أن التحكيم ينقضي بقوة القانون إذا توفي أحد الخصوم ، وترك من بين ورثته قاصرا ، أو من في حكمه .

وإذا صدر حكم التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مخالفا لهذه القاعدة ، فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا ، ويجوز التمسك ببطلانه في أية حالة تكون عليها الإجراءات ، ومن أي خصم في الدعوى القضائية ، وعلى

---

(٢) أنظر :

JEAN – ROBERT : Arbitrage civile et commercial . Troisieme edition . 1983 . N . 27 . 28 . P . 52 ; Repertoire De Droit Procedure Civile . Arbitrage . Droit interne . T . 1 . 1988 . N . 156 et s .

المحكمة أن تعتد به من تلقاء نفسها [1] ، [2] . والحكمة من ذلك ، هى حماية الورثة القصر ، والذين لايلتزمون بالتقيد بعقد أبرمه مورثهم ، لما فى ذلك من حرمان لهم من ضمانات التقاضى [3] .

ثانيا :

الوضع فى ظل نصوص التحكيم الواردة فى مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، وقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية :

كانت المادة (٥٠٤) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١١٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - تنص على أنه :

---

(١) أنظر :

BIOCHE : op . cit ., N . 314 . p . 503 ; GARSONNET : op . cit. , N . 253 . P . 510 ; BERNARD : op . cit ., N . 125 . P . 73 , 74 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - بند ١٩ ص ٤٣ .

(٢) فى انتقاد جانب من فقه القانون الوضعى المقارن لهذه القاعدة ، لمخالفتها للقواعد العامة فى القانون المدنى المقارن ، أنظر : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - بند ٢٥٠ ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - بند ١٢٥ ومايليه .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - الطبعة الأولى - ١٩٦٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٢٥ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٥٩ ومابعدها .

" **تنقطع الخصومة أمام المحكم إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة المقررة فى القانون ، ويترتب على هذا الإنقطاع الآثار المقررة فى القانون** " .

فى حين تنص المادة (٣٨) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **ينقطع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم فى الأحوال ووفقا للشروط المقررة لذلك فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ويترتب على انقطاع سير الخصومة الآثار المقررة فى القانون المذكور** " .

وتنص المادة (١٤٤٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" **إنقطاع خصومة التحكيم يكون محكوما بنصوص المواد (٣٦٩) - (٣٧٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة** " [(١)] .

ومفاد النصوص القانونية الوضعية المتقدمة ، أن الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " - **شأنه شأن أى اتفاق آخر** - يرتب آثاره القانونية ، وقوته الملزمة فور إبرامه بين أطرافه ، والخلف العام لكل منهم . وأيضا ، خلفهم الخاص ، فى الحدود المقررة قانونا . ويستتبع ذلك ، عدم انقضاء الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بوفاة أحد الخصوم ، ولو ترك من بين ورثته قاصرا . وكذلك ، إذا توفى أحد الخصوم أو زالت أهليته أثناء خصومة التحكيم ، فإن خصومة التحكيم لاتنقضى وإنما تنقطع إذا ماتحقق سبب من أسباب الإنقطاع بعد بدئها ، وقبل صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [(٢)] .

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : **Le Droit Francais de l'arbitrage . 1983 . P . 26 . 65 et s , 315 et s .**

(٢) فى دراسة انقطاع الخصومة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ، أنظر :

وبهذا ، فقد حسم كل من المشرع الوضعى المصرى ، والفرنسى المقارن بنص قانونى وضعى خاص مشكلة انقطاع الخصومة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بحيث أن الخصومة تنقطع أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة القضائية العادية أمام القضاء العام فى الدولة - وهى **وفاة الخصم ، أو فقد أهليته للخصومة ، أو زوال صفة من كان يمثله** .

وآثار انقطاع الخصومة فى التحكيم ، هى نفسها آثار انقطاع الخصومة القضائية العادية أمام المحاكم .

وبمجرد قيام سبب انقطاع الخصومة ، فإنه يتعين على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن تمتنع عن نظر الخصومة فى التحكيم .

وانقطاع خصومة التحكيم أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لتوافر أحد

JEAN - ROBERT : Arbitrage . Troisieme edition . 1961 . N . 116 et s ; Cinquieme edition . 1983 . N . 102 . P . 236 et s .

وانظر أيضا : **محمد ، وعبد الوهاب العشماوى** - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - بند ٢٥٠ ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، **عبد المنعم الشرقاوى** - شرح المرافعات - ١٩٥٠ - بند ٤٦١ ص ٦٣١ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - بند ٢٤ ص ٤٤ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٢٥ ومايليه ، **عزمى عبد الفتاح** - قانون التحكيم الكويتى - بند ٢٧٧ ومايليه ، **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجارى الدولى - بند ٧٢ ومايليه ص ١٢٢ ومابعدها ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣١٩ ومايليه ص ٣١٥ ومابعدها .

أسباب انقطاعها ، لايعد أمرا متعلقا بالنظام ، فالبطلان المترتب عليه يكـــون بطلانا نسبيا ، لايملك طلبه إلا الخصم الذى قام به سبب الإنقطاع [1] .

فإذا صدر حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** - رغم توفر أحد أسباب انقطاع خصومة التحكيـــم ، فـــإن هـــذا الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " وحده هو الـــذى يملـــك طلب بطلانه ، ولايستطيع الطرف الآخر التمسك بتوافر أحد أسباب انقطـــاع خصومة التحكيم لدى خصمه ، للتوصل إلى بطلان حكم التحكيـــم الصـــادر عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

ويجوز لمن قام به سبب انقطاع خصومة التحكيم النزول عن التمســك بـــهذا السبب - **صراحة** ، **أو ضمنا** [2] ، بل ويجوز له إجازة ، وتصحيح ماتم مـــن إجراءات فى خصومة التحكيم أثناء فترة انقطاعها ، رغم النـــص القـــانونى الوضعى الصريح على البطلان [3] .

ويقف الميعاد المقرر فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلـــى اختـــلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - والذى يجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى

---

(1) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٣٢/٦/٣٠ - فى الطعن رقم (٣٠) - لسنة (٢) ق - مجموعة القواعد فى خمسين عامـــا - المجلـــد الأول - ص ٣٣٣٤ ، ١٩٥٦/٣/٢٣ - ٧ - ص ٣٥١ ، ١٩٦٧/٧/٦ - ١٨ - المجموعة - ص ١٤٦٨ ، ١٩٦٨/١١/٢٨ - ١٩ - المجموعة - ص ١٤٣٢ ، ١٩٨١/٢/٢٥ - فى الطعن رقم (١١٢٤) - لسنة (٤٧) ق - المجموعـــة فى خمســين عامـــا - ص ٣٤٤١ ، ١٩٨١/١١/٢٩ - فى الطعن رقم (٥٢٩) - ٤٣ .

(2) أنظر : أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٣١٤ .

(3) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكم التجارى الدولى - بند ٧٤ ص ١٢٤ ، علي بركـــات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٢٢ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ . وانظر أيضـــا : نقـــض مـــدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/٢/١٧ - فى الطعن رقم (٦٦) - لسنة (٤٧) ق - المجموعة فى خمسين عاما - ص ٣٤٤٧ .

النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن تحكم في خلاله في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** " **ميعاد إصدار حكم التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة** " ، وإلا جاز عندئذ لمن شاء من الخصوم رفع النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل في موضوعه ، لو لم يكن هناك اتفاقا على التحكيم

ولايستأنف الميعاد المتقدم " **ميعاد إصدار حكم التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة** " سيره ، إلا إذا أعلن ورثة المتوفى ، أو من يقوم مقام من فقد أهلية الخصومة ، أو مقام من زالت عنه الصفة بقيام الخصومة ، وباشر السير فيها . والذي يقوم بإعلان هؤلاء هو الخصم ، وليس هناك مايمنع من قيام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بذلك [1] .

وإذا تعدد الخصوم في التحكيم ، ولحق سبب انقطاع الخصومة بأحدهم فقط ، فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تقضي بانقطاع الخصومة بالنسبة لمن قام به سبب الإنقطاع ، ويؤجل نظر خصومة التحكيم بالنسبة للباقين ، لحين استئناف سيرها . وعندئذ ، لاتدخل مدة التأجيل في حساب المدة المقررة قانونا لإصدار حكم التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [2] .

---

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٠٢ ص ٢٣٧ .

(2) أنظر : عزمي عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتي - ص ٢٧٧ ، علي بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٢١ ص ٣١٨ .

وإذا كان من بين الورثة قاصرا ، فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لاتملك إستئناف نظر خصومة التحكيم إلا بعد تعيين وصيا للقاصر ، وبعد إخباره بقيامها .

وإذا تعدد أطراف الخصومة فى التحكيم ، وقام بأحدهم أحد أسباب انقطاع الخصومة فى التحكيم ، فليس ثمة مايمنع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من مباشرة مهمتها التحكيمية بالنسبة لباقى الخصوم ، بشرط أن تكون خصومة التحكيم عندئذ قابلة للتجزئة .

وإذا كان الخصوم فى التحكيم قد أبدوا أقوالهم ، وطلباتهم الختامية أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - قبل الوفاة ، أو فقد الأهلية ، أو زوال الصفة فإنها تملك الحكم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - على موجب تلك الأقوال ، والطلبات . وإنما إذا عن لها استجواب أحد الخصوم فى التحكيم ، أو سؤال أحد الشهود ، أو إجراء أى تحقيق ، فإنه يجب عليها إخطار جميع الخصوم فى التحكيم ، أو من يقوم مقامهم ، بالجلسة التى تحددها لنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بعد قيام سبب انقطاع الخصومة فى التحكيم . وبعدئذ ، يكون عليها أن تتحقق من تلقاء نفسها من صفاتهم ، أو من صحة تمثيلهم للخصوم - **بحسب الأحوال** [١] .

وإذا أصدرت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على الرغم من قيام سبب انقطاع الخصومة فى التحكيم ، ودون إخطار من يقوم مقام الخصم الذى توفى ، أو فقد أهليته للخصومة

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - الإشارة المتقدمة .

فى التحكيم ، أو زالت صفته بقيام الخصومة فى التحكيم ، فإن حكم التحكيم الصادر منها عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يكون باطلا لمصلحة هؤلاء وحدهم ، دون الطرف الآخر فى خصومة التحكيم ، لأن هذا البطلان يكون مقررا لمصلحة من قام به سبب انقطاع الخصومة فى التحكيم ، حتى لايصدر حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى غفلة منه .

ويستوى أن تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عالمة بقيام سبب سبب انقطاع الخصومة فى التحكيم ، أو غير عالمة به .

كما يستوى علم الخصم الآخر ، أو جهله به ، لأنه يقصد بقواعد انقطاع الخصومة القضائية ، مجرد حماية الخصم الذى قام به سبب الإنقطاع ، دون الإعتداد بحسن نية الطرف الآخر ، أو جهله بقيام سبب الإنقطاع . فيتحقق انقطاع خصومة التحكيم أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بقوة القانون الوضعى بمجرد توافر سببه ، بصرف النظر عن علم الخصم بهذا السبب [١] .

وتسرى على انقطاع إجراءات خصومة التحكيم ، وآثاره القانونية فى فرنسا نصوص المواد (٣٦٩) - (٣٧٦) - والتى تعالج انقطاع الخصومة العادية أمام المحاكم الفرنسية ، والمحال إليها بنص المادة (١٤٦٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية [٢] .

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٧/١/١٧ - مجموعة النقض - ١٨ - ١٠٤ - ١٦ .
مشارا لهذا الحكم القضائى فى : فتحى والى - المرجع السابق - ص ٦٦٤ - الهامش رقم (٥) .

كما تسرى على انقطاع إجراءات خصومة التحكيم ، وآثاره القانونية فى مصر نصوص قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، والمحال إليها بنص المادة (٣٨) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية .

ووفقا لنص المادة (١٣٠) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والمعدلة بالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢ ، والخاص بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، والإثبات فى المواد المدنية والتجارية** [١] - فإن الخصومة القضائية العادية أمام المحاكم المصرية تنقطع بوفاة أحد الخصوم ، أو بفقده أهلية الخصومة ، أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه من النائبين إلا إذا كانت الدعوى القضائية قد تهيأت للحكم فى موضوعها .

ويترتب انقطاع خصومة التحكيم أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بقوة القانون ، إلا إذا طلب أحد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أجلا ، لإعلان من قام مقام الخصم الذى قام به سبب الإنقطاع . فعندئذ ، يتعين على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق

---

[٢] فى دراسة أحكام انقطاع الخصومة القضائية العادية أمام المحاكم ، أنظر : **أحمد أبو الوفا** - المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية عشرة - ١٩٧٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٢٩٤ ، **فتحى والى** - الوسيط فى قانون لقضاء المدنى - الطبعة الثانية - ١٩٨١ - ص ٦٦١ ومابعدها .

[١] والمنشور بالجريدة الرسمية - العدد (٢٢) مكرر ، فى أول يونيو سنة ١٩٩٢ ، والذى نص على استبدال المادة (١٣٠) ، وراجع فى التعليق على نص المادة (١٣٠) المشار إليها : **أحمد أبو الوفا** - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٥٨٥ ومابعدها .

على التحكيم منحه أجلا للقيام بذلك ، إلا إذا فات الميعاد ، دون إتمام الإعلان ، ولم يقدم عذرا يبرر ذلك ، فإن على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تحكم في خصومة التحكيم ، والذى يرتد تاريخه إلى تاريخ تحقق سبب انقطاع خصومة التحكيم .

ولايجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - طوال فترة انقطاع خصومة التحكيم إتخاذ أى إجراء فيها ، وإلا وقع باطلا .

كما يترتب على انقطاع خصومة التحكيم وقف سريان جميع المواعيد المحددة اتفاقا ، أو قانونا - **كمواعيد تقديم المذكرات لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أو بيان الدعوى ، أو الرد عليها ، أو ميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .**

ولايترتب على وفاة وكيل أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إنقطاع خصومة التحكيم أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ن ام مشارطة** . وكذلك تنحيته ، أو عزله ، ويكون له تعيين ممثلا جديدا له .

ولهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن تمنحه أجلا ، إذا بادر بتعيين ممثلا جديدا خلال الخمسة عشرة يوما التالية لانهاء وكالة ممثله الأول " **المادة (٣/١٣٠) من قانون المرافعات المصرى** " .

ولاترتب أسباب انقطاع خصومة التحكيم أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أى أثر ، إذا تحققت بعد أن استكملت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - كل عناصر الدعوى أمامها ، وقدم الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على**

التحكيم " طلباتهم الختامية ، وقدموا ماالديهم من مستندات ، وأبدوا أوجه دفاعهم " **المادتان (١٣٠/١) ، (١٣١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١١٣) لسنة ١٩٦٨** " . ويبدو ذلك بشكل واضح إذا كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - قد أعلنت قفل باب المرافعة فى دعوى التحكيم وتحديد تاريخ النطق بحكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . أما إذا لم تكن هيئة التحكيم المكلفة الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد أصدرت مثل هذا القرار ، فإن التقدير يكون لها وحدها .

ووفقا لنص المادة (١/٣٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، فإن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة - أن تعلن اكتفاءها بما تم تقديمه من وثائق ، ومذكرات ، إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على غير ذلك ولكن يلزم عندئذ ألا تتعسف هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - على نحو يمثل إخلالا بحقوق الدفاع للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

فلا يجوز اعتبار الدعوى أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - قد تهيأت للحكم فى موضوعها ، إذا تقدم من قام مقام الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " الذى تحقق فيه سبب انقطاع خصومة التحكيم بطلب تقديم مستندات ، أو وثائق جديدة ، قد يتغير بها وجه الدعوى أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وإلا كان حكم التحكيم الصادر عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم معرضا لرفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه .

المبحث الثانى

سلطة الإتفاق على التحكيم

شرطا كان ، أم مشارطة [1]

Le pouvoir de compromettre

المقصود بسلطة الإتفاق على التحكيم ـ شرطا كان ، أم مشارطة :

لايكفى فيمن يكون طرفا فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - أن يكون أهلا للتصرف فى الحق محل المنازعة موضوع التحكيم ، وألا يشوب رضاءه عيبا من العيوب المفسدة له ، وإنما لابد وأن تكون لهذا الشخص سلطة ابرام الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** . وبعبارة أخرى ، يجب أن تكون لهذا الشخص صفة قانونية تخوله الإتفاق على التحكيم بالنسبة لنزاع معين [2] . فإذا لم تتوافر هذه الصفة ، فإن الإتفاق على التحكيم الذى أبرمه - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - يكون باطلا ولايرتب أثره القانونى .

ذلك أن التعبير عن الإرادة ، والذى يتم بمايفيد قبول نظام التحكيم - كوسيلة للفصل فى المنازعات - **القائمة** ، **أو المحتملة** - بين الأفراد والجماعات يصدر بالضرورة عن أشخاص معينين ، قد يكونوا أطرافا فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** . وعندئذ ، تثور مسألة

---

(١) فى دراسة سلطة الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٤٧ ومايليه ص ٥٠٤ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات الحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٨١ ومابعدها .

(٢) فى التمييز بين الأهلية ، والسلطة الازمتين لمباشرة التصرفات القانونية ، أنظر :
GAILLAND : La notion de pouvoir en droit prive . These. Roneat . Paris . 1981 .

التأكد من أهليتهم لإبرام مثل هذا النوع من الإتفاقات . فقد يكونـــوا ممثليـــن لأطراف الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** . وعندئذ ، ينبغـــى التحقق من أن لهم سلطة ابرام الإتفاق على التحكيـــم - **شـــرطا كـــان** ، أم **مشارطة** - نيابة عن الأصيل ، بمقتضى قاعدة قانونية وضعية تجيز بذلـــك . بمعنى ، هل كان الشخص الذى صدر عنه التعبير عن الإرادة يملـــك سـلطة الزام الطرف المتعاقد بقبول نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات " **المحتملـة وغير المحددة** ، أو **القائمة لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريـــق هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غـــير قضائيـــة - **دون المحاكم المختصة بتحقيقها** ، **والفصل فى موضوعها** .

والصفة التى تخول شخصا ما الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان** ، أم **مشارطة** - بالنسبة لنزاع معين ، تثبت بصفة أصلية لمن يرى لنفسه الحـــق ، أو المركز القانونى محل التحكيم . وكذلك ، من يتم الإدعاء فى مواجهته بـهذا الحق ، أو المركز القانونى ، أى أن الصفة فى التحكيـــم تتوافـــر لأطـــراف المنازعة " **المحتملة** ، **وغير المحددة** ، أو **القائمة لحظة إبرام الإتفاق علـــى التحكيم** " ، إذا ماتوافرت الشروط الأخرى . **وأهمـــها** : ألا يكـــون الخصـــم ممنوعا من التصرف فى الحق محل المنازعة - **كالمدين التاجر** ، **إذا مـــاتم شهر افلاسه** ، **لايكون له ابرام الإتفاق على التحكيـــم** - **شـــرطا كـــان** ، أم **مشارطة** - **فى أى حق من حقوقه** ، **أو أى دين عليه للغير** ، **بعـــد صـــدور الحكم القضائى بشهر افلاسه** [1] .

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . edition . 1990 . N . 171 et s . P . 131 et s ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 111 . 1987 . par : JEAN – ROBERT . N . 17 et s .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - بند ٢٤ ومايليه ص ٦٦ ومابعدها ، محمود محمد - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣/٤٦ ص ١٢٩ ، إتفاق التحكيـــم ، وأثـــره على سلطة القضاء - بند ٤٠ ص ٧٥ .

وإذا ماكانت سلطة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - تثبت - كأصل عام - لأطراف النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القـائم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، فان هناك أحوالا تثبت فيها هذه الصفـــة لغيرهم .

فتثبت هذه الصفة إما بالإتفاق . وإما بحكم من القضاء العام فى الدولة . وإمـا بقوة القانون الوضعى .

وإذا ثبتت للشخص ولاية التعاقد باسم غيره ، كان الأول نائبـا عــن الثـانى وكان الثانى أصيلا ، والعلاقة بينهما علاقة نيابة . وقد تكـــون هــذه النيابـة اتفاقية ، تنشأ عن عقد بين طرفيها . أو قانونية ، تنشأ عن نص فى القـــانون الوضعى ، أو قضائية ، اذا كان مصدرها القضاء العام فى الدولة .

ومثال الأولى :

نيابة الوكيل عن الموكل .

ومثال الثانية :

نيابة الأولياء الشرعيين .

ومثال الثالثة :

نيابة الوصى ، القيم ، والحارس القضائى .

ويعين العقد فى الحالة الأولى . والقانون الوضعـــى فـــى الحـــالتين الثانيـــة والثالثة حدود النيابة .

فينبغى الرجوع الى العقد ، أو إلى القانون الوضعى ، لتعييـــن حـــدود نيابـــة النائب ، ومعرفة ماذا كان يملك مباشرة أعمال التصرف ، أم يقتصر علـــى أعمال الإدارة [1] .

---

(1) فى تحديد فكرة أعمال الإدارة ، والتمييز بينها ، وبين فكرة أعمال التصرف ، أنظر : محمد السـعيد رشدى - أعمال التصرف ، وأعمال الإدارة فى القانون الخاص - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية بالقـاهرة

فالأصل أن يتولى الشخص إدارة أمواله بنفسه ، ومتى كان كامل الأهلية فإن جميع التصرفات القانونية التى تصدر منه تكون صحيحة ، لافرق فى ذلك بين أعمال الإدارة ، وأعمال التصرف ، غير أن هناك من الحالات مايتعذر على الشخص فيها أن يحقق ذلك بنفسه ، فقد تقوم لديه أسبابا عملية تدعوه إلى أن ينيب عنه غيره فى ادارة أمواله ، كما هو الحال فى الوكالة حيث يختار وكيلا عنه ، تكون له الصفة فى مباشرة شئون الموكل ، نيابة عنه " **كلها** ، أو **بعضها** " .

ويثبت للوكيل بمقتضى الوكالة الصفة الإجرائية فى تمثيل الموكل إجرائيا – أى **فى التقاضى باسمه** – وموضوعيا – **أى فى مباشرة الأعمال الموصوفة " كلها ، أو بعضها "** – حسبما تكون عليه الوكالة – **عامة** ، **أو خاصة** .

وقد توجب القوانين الوضعية المقارنة على القضاء المختص أن يقوم – **وبناء على طلب من ذوى الشأن** – بتعيين ممثلين قانونيين لعديمى الأهلية وناقصيها . إذ ليست لهؤلاء الأشخاص أهلية ابرام العقود ، والتصرفات القانونية الأخرى – **كأصل عام** – فيقوم الممثلون لهؤلاء الأشخاص بمباشرة هذه الأعمال ، وتلك التصرفات القانونية نيابة عن القصر ، وعديمى الأهلية . **وهؤلاء الممثلون** هم : الأولياء ، بالنسبة للقصر .

والقيم ، بالنسبة للمحجور عليه – **لجنون** ، **عته** ، **سفه** ، **أو غفلة** .

والوكيل ، بالنسبة للغائب ، والذى لاتعرف حياته من مماته ، أو بالنسبة لمن كانت حياته **محققة** ، ولكن استحال عليه – **بسبب غيبته** – أن يدير شئونه بنفسه ، أو بوكيل عنه .

والحارس القضائى ، بالنسبة لمن أصيب بعاهة من ثلاث " **البكم** ، **العمى والصم** " .

فضلا عن أن الأنظمة القانونية الوضعية – **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** – تتولى بذاتها تحديد من يقوم بتمثيل الأشخاص الإعتبارية ،

ومن ينوب عنهم فى جميع الأعمال القانونية التى يستلزمها نشاطهم . ويلحق بهذا ، مانص عليه القانون الوضعى الفرنسى – **دون القانون الوضعى المصرى** – من قيود تشريعية بالنسبة للزوجة ، بشأن التصرف ، والتحكيم فى الأموال الخاضعة للنظام المالى للزواج المعروف فى القانون الوضعى الفرنسى .

وقد يتدخل شخص من الغير – **طواعية ، واختيارا** – ليتولى شأنا عاجلا لغيره ، دون أن يكون ملزما بذلك ، فيعد فضوليا . ويعتبر هذا الفضولى نائبا عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى ادارته عناية الشخص المعتاد ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة .

وقد يكتسب الشخص حقا عينيا على شئ مملوكا لغيره ، لأجل معين فإذا ماكان هذا الحق حق انتفاع ، فإن على المنتفع أن يستعمل الشئ بحالته التى تسلمه بها – **وبحسب ماأعد له** – وأن يديره إدارة حسنة .

وفى الرهن الرسمى يكون للراهن الحق فى إدارة العقار المرهون وفى جنى ثماره ، الى وقت التحاقها بالعقار .

كما يتولى الدائن المرتهن فى رهن الحيازة إدارة الشئ المرهون ، وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية مايبذله الرجل المعتاد .

وإذا كانت هناك تطبيقات عديدة يمكن أن تثور بالنسبة لسلطة الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – فإنه لايمكننا التعرض لها جميعها لكثرتها . وعلى فرض أنه كان من الممكن التعرض لكل هذه التطبيقات ، فإن ذلك سوف يستغرق موضوع الدراسة ، لأنه يتبقى لنا العديد من المسائل المثارة بشأن التحكيم ، وقواعد الإتفاق عليه . لذلك ، سوف نقتصر على تناول بعض هذه التطبيقات (1) ، على النحو الآتى :

---

(١) فى دراسة سلطة مدير الشركة فى إبرام الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة ، أنظر :

MOREL : L'Arbitrage conventionnel en droit prive Anglais . These . Paris . 1958 . P . 46 et s ; P . ANCEL : Arbitrage . J . C . Dr . com . 1986 . Fasc .

المطلب الأول :

سلطة الولي في الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

المطلب الثاني :

سلطة الوصي في الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

المطلب الثالث :

سلطة الوكيل الإتفاقي في إبرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة [1] .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

---

211 . P. 18 et s ; B . GOLDMAN : Arbitrage commercial internationnal . J . C . Dr. inter . 1989 . Fasc . 586 . 2 P . 18 et s ; D . COHEN : Arbitrage et societe . 1993 . P . 220 . 225 .

وانظر أيضا : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم في المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٤ ومابعدها .

(١) في دراسة مدى سلطة الوكيل عن الغائب في الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ، أنظر :

ROBERT (JEAN) : Arbitrage civile et commercial . Droit interne . Droit international prive . 1983 . edition Dalloz . Paris . N . 29 et s ; PASCAL – ANCEL : Juris – Classeur . N . 63 et s .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٢٠ ص ٥٥ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ٤٠ (ب) ص ٧٧ .

المطلب الأول

سلطة الولى فى الإتفاق على التحكيم

شرطـــا كــــان ، ام مشارطـــــة [1]

تقسيم :

إذا كانت سلطة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشـــارطة** - تثبت - **كأصل عام** - لأطراف النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القـائم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، المراد الفصل فيه عـــن طريـــق هيئـــة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمــــة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - فإن هناك أحوالا أخـــرى تثبت فيها هذه الصفة لغير هؤلاء الأطراف . **ومن ذلـــك** : نيابـــة الأوليـــاء الشرعيين - **وهى أحد تطبيقات النيابة القانونية - حيـــث تحـــدد الأنظمـــة القانونية الوضعية** ، وعلى **اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتـــها** - حـــدود هـــذه النيابة القانونية . ويجب الرجوع إليها لتعيين حدودها ، ومعرفة ماإذا كـــان الولى يملك مباشرة أعمال التصرف ، أم تقتصر سلطته على مباشرة أعمـــال الإدارة .

والولاية هى :

نظاما بمقتضاه ينصب شخصا معينا ، ليتولى عن عديـــم الأهليـــة ، أو ناقصها الإشراف على شئونه القانونية ، ومباشرة التصرفات القانونية نيابة عنه .

---

[1] فى دراسة سلطة الولى فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ، أنظـــر : المؤلـــف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٥٢ ومايليه ص ٥١٦ ومابعدها .

والولاية بهذا تختلف عن الأهلية . فالولاية هي : صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية بالنسبة لمال الغير (١) .

ولاختلاف أحكام الولاية فى القانون الوضعلى الفرنسى عنها فى القانون الوضعى المصرى ، فسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول :

سلطة الولى فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى الفرنسى .

والفرع الثانى :

سلطة الولى فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى المصرى .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

---

(١) فى دراسة تفصيلية لأحكام الولاية على المال فى القانون الوضعى المقارن ، أنظر : محمد كمال حمدى - الولاية على المال - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية ، أحمد نصر الجندى - الولاية على المال - تعليق على نصوص القانون - ١٩٨٦ - القاهرة الحديثة للطباعة ، والنشر .

الفرع الأول

سلطة الولى فى الإتفاق على التحكيم شرطا كان ، أم مشارطة فى القانون الوضعى الفرنسى

نظام الولاية على المال فى القانون الوضعى الفرنسى (١) :

الولاية فى القانون الوضعى الفرنسى تكون للأب ، والأم . وكان الأب هو الذى يباشر وحده هذه السلطة أثناء الزواج ، بمقتضى ماله من سلطة وهى ماكنت تعرف **La puissance paternelle** (٢) ، حتى صدر القانون الوضعى الفرنسى فى الرابع من شهر يونيو سنة ١٩٧٠ (٣) ، فجعل الولاية مشتركة بين الأب ، والأم ، وأطلق عليها **L'autorite parentale** " **المواد (٣٧٢) ومابعدها من القانون المدنى الفرنسى** " .

---

(١) فى دراسة نظام الولاية على المال فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر :

RODIERE : La tutelle des mineurs . etude de droit comprae en vue d'une reforme du droit Francais . 1950 ; ESMEIN (P .) : Les actes d'administration du tuteur . specialement quant aux founds et valeurs mobilieres . Gaz . Pal . 1966 . P . 23 ; ALLIX : Droit civile. 5eme ed . introduction generale . 1973 . T . 1 . Les personnes . La famille . Les incapacites. 1972 . Dalloz . Paris ; ALEX WEILL – FRANCOIS TERRE : Droit civile . P . 740 et s .

(٢) أنظر :

La loi N . 68 – 5 du 3 Janvier . 1968 . D . 1968 . 74 .

(٣) أنظر :

La loi 70 . 459 du Juin . 1970 . D . 1970 . 138 et 72 . 626 du 5 Juillet . 1972 . D . 1972 . 361 .

ومصطلح La puissance paternelle - **والذى حل محل مصطلح** L'autorite parentale **فى عام ١٩٧٠** - يستخدم للدلالة على ولاية التربية ، والتوجيه . أما مصطلح La administration legale ، فيقصد به إدارة أموال القاصر ، والذى يختص بها - **بحسب الأصل** - الأب وفى غير هذه الحالات ، يختص بها أحد الوالدين ، والذى تكون له ولاية التربية ، والتوجيه " المادة (٣٨٩) **من القانون المدنى الفرنسى - والمعدلة بالقانون الوضعى الفرنسى الصادر فى الرابع من شهر يونية سنة ١٩٧٠** "[1] .

ومن مراجعة المواد (٣٨٩) : (٣٩٢) من القانون المدنى الفرنسى ، يتضح أن الولاية على المال فى القانون الوضعى الفرنسة تكون نوعين :

النوع الأول :

ولاية مطلقة L'administration legale pur et simple .

والنوع الثانى :

الولاية تحت الرقابة القضائية L'administration sous controle Judiciaire .

وتختلف سلطة الولى فى كل نوع من هذين النوعين من الولاية .

أولا :

الولاية المطلقة على المال :

تسرى أحكام الولاية المطلقة على المال " المادة (١/٣٨٩) من القانون المدنى الفرنسى " ، متى توافرت الشروط الآتية :

الشرط الأول :

إذا كان القاصر إبنا شرعيا .

---

(١) أنظر :

ALEX WEILL – FRANCOIS TERRE : op . cit ., P . 743 et s .

الشرط الثانى :

متى كان أبواه على قيد الحياة .

والشرط الثالث :

إذا كان أبواه غير مطلقين ، أو فى حالة انفصال جسدى ، ولايمنعهما مانعا من مباشرة شئون الولاية .

وفى حالة تخلف أى شرط من الشروط المتقدمة ، فإن الولاية تحت الرقابة القضائية تحل محل الولاية المطلقة على المال .

حدود إدارة الولى فى الولاية المطلقة على المال :

يتعين التفرقة فى هذا الشأن بين أعمال الإدارة ، وأعمال التصرف :

(أ) :

أعمال الإدارة Les actes d'administration :

أعمال الإدارة هى :

الأعمال التى يملك الولى الإنفراد بمباشرتها . وقد أحالت المادة (٤/٣٨٩) من القانون المدنى الفرنسى بشأنها إلى المادة (١/٤٨٦) من القانون المدنى الفرنسى ، وهى التى تتضمن أحكام إدارة الوصى ، وتقضى بأنه يملك القيام بجميع أعمال الإدارة . فالولى يستطيع القيام ببيع المنقولات والمحاصيل ، ويؤجر أموال القاصر لمدة لاتزيد عن تسع سنوات ، ويقوم باستيفاء الحقوق ، ووفاء الديون المستحقة على القاصر ، ويقبل التركة بشرط الجرد **Sous benefice d'inventaire** [١] .

وكما أن الولى يملك القيام بأعمال الإدارة ، فإنه يستطيع من باب أولى القيام بأعمال الحفظ ، فيقوم بقيد الرهن ، وإجراء الإصلاحات الضرورية

---

(١) أنظر :

WEILL (ALLIX) : Droit civile . 50eme edition . 1973 . T . I , Les personnes . La Famille . Les incapacites . 1972 . Dalloz . Paris . N . 776 . P . 698 .

للمحافظة على العقار ، ورفع الدعاوى القضائية المتعلقة بأموال القاصر والإنضمام إلى الدعاوى القضائية المرفوعة ضده .

ونظرا لأن الولاية هى نظاما مشتركا بين الأب ، والأم ، فإن قيام أحدهما بأعمال الإدارة ، يعنى أن هناك وكالة ضمنية صادرة له من الطرف الآخر ، للقيام بتلك الأعمال . ومن ثم ، فإن لكل من الزوجين الحق فى الإعتراض على التصرفات التى يقوم بها الآخر [1] .

(ب) :

أعمال التصرف Les actes de disposition :

أعمال التصرف هى :

أعمال التصرف التى لايستطيع الولى أن ينفرد بمباشرتها ، بل يلزم الحصول على إذن خاص للقيام بها .

وقد فرق القانون الوضعى الفرنسى بين نوعين من أعمال التصرف :

النوع الأول :

الأعمال التى يكفى بالنسبة لها موافقة الطرف الآخر فى العلاقة الزوجية " المادتان (٤٥٧) ، (٥/٣٨٩) من القانون المدنى الفرنسى "

ومثال ذلك : تأجير أموال القاصر لمدة تزيد على تسع سنوات ، وبيع وشراء الأوراق المالية [2] .

والنوع الثانى :

الأعمال التى يتعين للقيام بها الحصول على إذن من قاضى الوصاية :

---

(١) أنظر :

CARBONNIER (JEAN) : Droit civile . Collection themis . T. 11 . 11em edit . 1979 . La famille . Les incapacites . N. 169 . P. 579 . N. 593, 173 . p. 600 .

(٢) أنظر :

ALEX WEILL – FRANCOIS TERRE : Droit civile . P. 813 et s

إستحدث القانون الوضعى الفرنسي الصادر فى الرابع عشر من شـــهر ديسمبر سنة ١٩٦٤ نظام قاضى الوصاية ، لإحكـــام الرقابـــة علـــى الولـــى والوصى . ويقوم بمهام قاضى الوصاية فى القـــانون الوضعـــى الفرنســـى ، قاضى المحكمة الجزئية التى يقع فـــى دائرتـــها موطـــن القـــاصر " **المـــادة (٣٩٣) من القانون المدنى الفرنسى** " . **ومثال ذلـــك** : بيـــع العقـــارت ، والمحلات التجارية المملوكة للقـــاصر ، واقـــتراض المـــال ، وإقراضـــه ، والتنازل عن الحقوق ، والقسمة الودية لمال القاصر (١) .

أما القسمة القضائية ، فيلزم بشأنها الحصول على إذن من المحكمة الإبتدائيـــة التى يقع فى دائرتها موطن القاصر (٢) .

ثانيا :

الولاية تحت الرقابة القضائية :

تسرى أحكام الولاية تحت الرقابة القضائية فى الحالات الآتية :

الحالة الأولى :

بالنسبة للأبناء الشرعيين Des enfants legitims :

إذا توافرت الشروط الآتية :

الشرط الأول :

إذا توفى أحد الوالدين .

الشرط الثانى :

---

(١) أنظر :

CARBONNIER (JEAN) : op . cit . , N . 173 . P . 602 .

(٢) أنظر :

MAZEAU (H . L . H .) : op . cit . , N . 1264 . P . 684 .

حيث يرى سيادته أنه يجب أيضا الحصول على إذن من المحكمة الإبتدائية التى يقع فى دائرتها موطن القـــاصر ، فى حالة بيع عقارات القاصر ، لضمان حماية مصالحه .

إذا قام لدى أحد الوالدين سببا يمنعه من مباشرة الولاية .

والشرط الثالث :

إذا كان الوالدان مطلقين ، أو فى حالة انفصال جسدى .

والحالة الثانية :

بالنسبة للأبناء الطبيعيين Des enfants naturels :

متى ثبتت بنوتهم باعتراف الوالدين معا ، أو باعتراف أحدهما .

حدود إذن الولى فى الولاية تحت الرقابة القضائية :

فى مجال التفرقة بين أعمال الإدارة ، وأعمال التصرف ، فإن الولى فى الولاية تحت الرقابة القضائية لايستطيع مباشرة أعمال التصرف بمفرده ، بل يتعين عليه دائما الحصول على إذن من قاضى الوصاية (١) .

ويبقى للولى فى الولاية تحت الرقابة القضائية - **أيا كان أبا ، أو أما** - القيام بأعمال الإدارة ، دون حاجة للحصول على إذن بذلك من قاضى الوصاية (٢) .

سلطة الولى فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى الفرنسى :

يستطيع الولى - وهو الأب - بموجب المادة (٥/٣٨٩) من القانون المدنى الفرنسى أن يباشر وحده كل التصرفات التى يستطيع الوصى

---

(١) أنظر :

ALEX – WEILL – FRANCOIS TERRE : op . cit ., P . 809 et s .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 17 Janvier . J . C . P . 1979 . 2 . Note : PATRIC ; Cass . Civ . 17 Decembre . 1977 . S . 1978 . La Jurisprudence . P . 221 . Note : SAVATIER .

(٢) أنظر :

CARBONNIER (JEAN) : op . cit ., N . 173 . P . 603 .

مباشرتها مع إذن مجلس العائلة ، ولكن وبالنسبة للإتفاق علــــى التحكيــم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإنه يشترط لإبرامه أن يكون الولى مأذونا مــــن قبل قاضى الوصاية ، بحيث يتعين عليه الحصول على إذن منه ، إذا عن لــه أن يبرم اتفاقا على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - نيابة عن القـــاصر المشمول بولايته . علما بأن من يقوم بمهام قاضى الوصايـــة فـــى القـــانون الوضعى الفرنسى ، هو قاضى المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها موطـــن القاصر " **المادة (٣٩٣) من القانون المدنى الفرنسى** " [1] .

---

(١) أنظر :

JEAN – ROBERT : Repertoire De Droit Commercial . T . 1 . 1968 . N . 16 et s ; **MOSTEFA – TRARI – TANI** : op . cit . , p . 56 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : OP . CIT . , edition . 1990 . N . 15 , P . 127 .

الفرع الثانى

سلطة الولى فى الإتفاق على التحكيم شرطا كان ، أم مشارطة فى القانون الوضعى المصرى

نظام الولاية على المال فى القانون الوضعى المصرى :

تنص المادة الأولى من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ على أنه :

" يقوم الولى على رعاية أموال القاصر ، وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن الولى يباشر عن الصغير أعمال الإدارة ، وأعمال التصرف ، وأنه وإن كانت القاعدة أن الولى فى مصر – **أبا كان ، أم جدا** – يتولى رعاية أموال القاصر ، وله إدارتها والتصرف فيها " **المادة (٥٤) من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢** " ، إلا أن سلطة الجد تكون مقيدة فى التصرف فى أموال القاصر ، أو الصلح عليها ، أو التنازل عن التأمينات المعطاة ، لضمان دين القاصر ، أو إضعافها " **المادة (١٥) من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢** " .

وينوب الولى عن القاصر فى إدارة أمواله ، والتصرف فيها نيابة قانونية فيكون للولى أن يدير أموال القاصر ، وأن يتصرف فيها ، مع مراعاة القيود ، والأحكام الواردة فى القانون الوضعى المصرى فى هذا الشأن .

وقد أوردت المواد (٦) : (١١) من قانون الولاية على المال رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ هذه القيود ، والتى يرد بعضها على حق التصرف . والبعض الآخر منها يرد على حق الإدارة .

والأصل هو إطلاق يد الولى فى التصرف ، إلا أنه قد رؤى تقييد هذا الحق ، حماية لمصلحة الصغير ، غير أنه فيما عدا ماورد بشأنه نصا قانونيا وضعيا مصريا عاما مانعا من التصرف ، أو مشترطا إذن المحكمة لإتمامه فإنه تكون للأب السلطة الكاملة [1] .

والقيود التى ترد على سلطة الولى فى القانون الوضعى المصرى تشمل فى مجموعها التصرفات التى لايجوز له مباشرتها إلا بإذن من المحكمة والتى إذا ماأبرم أيا منها ، دون إذنها ، كان تصرفه غير نافذ فى حق الصغير ، لانتفاء النيابة [2] .

ومن التصرفات التى لايستطيع الولى فى القانون الوضعى المصرى أن يقوم بها إلا إذا حصل على إذن من المحكمة المختصة بإصداره هو قبول التحكيم بحيث لايملك الولى أن يقبل التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - نيابة عن ناقص الأهلية ، إلا بعد الحصول على إذن بذلك من المحكمة المختصة بإصداره [3] .

فإذا كان القانون الوضعى المصرى قد حدد الأشخاص الذين لهم الولاية على الصغير ، بأنه الأب ، ثم الوصى الذى اختاره الأب ، ثم الجد الصحيح وأن الأصل وفقا لنص المادة الأولى من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ ، أن الأب ، أو الولى الطبيعى يملك السلطة فى

---

(١) أنظر : محمد كمال حمدى - قانون الولاية على المال - ص ٤٣ ومابعدها .

(٢) أنظر : محمد كمال حمدى - المرجع السابق - ص ٥٦ ومابعدها .

(٣) أنظر : محمد كمال حمدى - قانون الولاية على المال - ص ٦١ ومابعدها .

مباشرة كافة الأعمال ، والتصرفات القانونية الخاصة بالصغير . إلا أنه لاتكون له سلطة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، ام **مشارطة** - **إلا فيما** يملك الولى التصرف فيه ، بحيث لايجوز له قبول التحكيم - **شرطا كان** ام **مشارطة** - إذ ليس له حق التصرف فى أموال ناقص الأهلية ، إلا بإذن من المحكمة المختصة بإصداره ، وماذلك إلا تطبيقا للمادة (١١٨) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" **التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة فى الحدود التى يرسمها القانون** " . وكذلك ، المادة (٤٧) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" **يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية والوصاية والقوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة فى القانون** " .

المطلب الثانى

سلطة الوصى فى الإتفاق على التحكيم

شرطــــا كــــان ، أم مشارطـــــة [1]

تقسيم :

إذا ماكانت سلطة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كــان ، أم مشــارطة** - تثبت - **كأصل عام** - لأطراف النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القــائم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمــراد الفصــل فيــه عــن طريــق هيئةتحكيم ، تتشكل من أفراد عــاديين ، أو هيئــات غــير قضائيــة - **دون المحاكم المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** ، فــإن هنــاك أحــوالا أخرى تثبت فيها هذه الصفة لغير هؤلاء الأطراف . **ومن بينــها** : أن يثبــت للشخص ولاية التعاقد باسم غيره ، بناء على نصوص قانونية فــى الأنظمــة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها " النيابة القانونية "** ولا أدل عليها من نيابة الوصى عمن هو مشمولا بوصايته ، والتــى يتعيــن الرجوع بصددها إلى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختــلاف مذاهبــها واتجاهاتها** - لتعيين حدودها ، ومعرفة ماإذا كــان يملــك مباشــرة أعمــال التصرف ، أم يقتصر على مباشرة أعمال الإدارة .

ولاختلاف أحكام الوصاية فى القانون الوضعى الفرنسى عنها فى القــانون الوضعى المصرى ، فسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعيين :

الفرع الأول :

---

[1] فى دراسة سلطة الوصى فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعــى المقارن ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بنــد ١٦١ ومايليــه ص ٥٢٨ ومابعدها .

سلطة الوصى فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـــارطة - فى القانون الوضعى الفرنسى .

والفرع الثانى :

سلطة الوصى فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى المصرى .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

الفرع الأول
سلطة الوصى فى الإتفاق على التحكيم
شرطـــــا كـــــان ، أم مشارطـــــة
فى القانـــــون الوضعـــــى الفرنسى

نظام الوصاية فى القانون الوضعى الفرنسى :

الوصاية فى فى القانون الوضعى الفرنسى هى :

نظاما قانونيا يهدف إلى حماية طائفتين من القصر :

الطائفة الأولى :

الأبناء الشرعيون Leas enfants legitimes :

إذا كانوا من القصر ، الذين مات أبواهما ، أو منعهما مانعا من مباشـــرة الولاية . وقد نصت على هذه الموانع المادة (٣٧٣) من القـــانون المدنـــى الفرنسى . **ومنها على سبيل المثال** : نقص الأهلية ، الغياب ، والسجن .

والطائفة الثانية :

الأبناء الطبيعيون Les enfants naturelles :

إذا كانوا من القصر الذين لم تثبت بنوتهم عن أحد الوالديـــن ، أو عـــن كليهما .

وتثبت الوصاية فى القانون الوضعى الفرنسى – **وبصفة إســـتثنائية** – بحكم قضائى ، يكون صادرا من قاضى الموضوع ، بإحلال الوصى محـــل الولى ، فى الولاية تحت الرقابة القضائية " **المادة (١/٣٩١) من القـــانون المدنى الفرنسى** " ، أو الولاية المطلقة على المال " **المادة (٢/٣٩١) مـــن القانون المدنى الفرنسى** " ، متى تكشف للقاضى العام فى الدولة الفرنسـية أن

الولى لم يراع مصالح القاصر [1] . وعندئذ ، فإنه يجب على القاضى العـــام فى الدولة الفرنسية دعوة مجلس العائلة ، ليتولى تعييـــن الوصـــى " **المـادة (٣/٣٩١) من القانون المدنى الفرنسى " .**

والقاعدة فى الوصاية أنها اختيارية ، وهذا مايجرى عليـــه العمـل فـــى مصر .

بمعنى ، أنه لابد من قبول الوصى للوصاية ، لإمكان إقامته وصيا . أما فـــى فرنسا ، فإن الوصاية تكون إجبارية ، أى أن من يعين وصيا بواسطة القـانون الوضعى الفرنسى ، أو بواسطة مجلس العائلة ، لايستطيع رفض هذه المهمـــة ، مادام لايقوم به سبب من أسباب الإعفاء التى حددهـــا القـانون الوضعـــى الفرنسى ، والتى وردت فى المواد (٤٢٧) : (٤٤١) من القانون المدنـــى الفرنسى .

ويباشر الوصى فى القانون الوضعى الفرنسى مهمته تحـــت إشـراف سلطات ثلاث ، وهى :

السلطة الأولى :

المشرف على الوصى Le subroge tuteur :

المشرف على الوصى فى القانون الوضعى الفرنسى هو :

نظاما يعتبر العرف مصدره القانونى ، ويقوم المشرف علـــى الوصـــى بوظيفتين [2] :

الوظيفة الأولى " وهى الوظيفة الرئيسية " :

---

(١) أنظر :

CARBONNIER (JEAN) : op . cit . , T . 11 . N . 175 . P . 606 et s .

(٢) أنظر :

ALEX – WEILL – FRANCOIS TERRE : Droit civile . P . 824 et s .

مراقبة إدارة الوصى " المـــادة (١/٤٢٠) مـــن القـــانون المدنـــى الفرنسى " .

والوظيفة الثانية :

الحلول محل الوصى :

إذا تعارضت مصالح الوصى مع مصالح القاصر " المـــادة (٢/٤٤٠) من القانون المدنى الفرنسى " .

السلطة الثانية :

مجلس العائلة Le conseil de famille :

مجلس العائلة فى القانون الوضعى الفرنسى هو :

من أهم هيئات سلطة الإشراف على الوصى فـــى القـــانون الوضعـــى الفرنسى ، ومصدره القانونى هو العرف أيضا .

وقد وسع القانون المدنى الفرنسى من سلطاته . وفيما يتعلق بـــإدارة الذمـــة المالية للقاصر ، فإن مجلس العائلة يتولى تنظيم الوصاية " المـــادة (٤٥٤) من القانون المدنى الفرنسى " ، وله سلطة الرقابة على إدارة الوصى ، وهـــو الذى يأذن للوصى فى القيام ببعض التصرفات ، والأعمـــال القانونيـــة التـــى تعتبر من قبيل أعمال التصرف ، نظرا لخطورتها على الذمة المالية للقـــاصر " المادة (١/٤٥٧) من القانون المدنى الفرنسى " [1] .

والسلطة الثالثة :

قاضى الوصاية Le juge de tutelle :

قاضى الوصاية فى القانون الوضعى الفرنسى هو :

---

(١) فى بيان المهام الأخرى لمجلس العائلة ، إلى جانب إدارة الذمة المالية للقـــاصر فى القـــانون الوضعـــى الفرنسى ، أنظر :

CARBONNIER (JEAN) : op . cit . , N . 178 et s .

نظاما استحدثه المشرع الوضعي الفرنسي في عام ١٩٦٤ ، ويباشر مهام قاضي الوصاية في فرنسا ، قاضي المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها موطن القاصر .

ولقاضي الوصاية دورا هاما في مسائل الولاية ، والوصاية على حد سواء فهو فضلا عن مباشرته بالنسبة لهما سلطة الرقابة العامة ، فإن له – وبالنسبة **لمسائل الوصاية** – وظائف خاصة ، تكمن في تعيين أعضاء مجلس العائلة ، ويملك دعوته ، وتكون له رئاسته (١) .

وهكذا ، يتبين لنا أن اختصاص السلطات الثلاث المتقدم ذكرها " **المشرف على الوصي ، مجلس العائلة ، وقاضي الوصاية** " ، هي الإشراف على أعمال الوصي ، أو أن يحل بعضها محله في التصرف ، في حالة تعارض مصلحته مع مصلحة القاصر .

والقانون الوضعي الفرنسي رغم هذا التعدد ، يفرض على الوصي إستئذان مجلس العائلة بالنسبة لبعض التصرفات . كما يفرض عليه كذلك أن يستأذن قاضي الوصاية في البعض الآخر منها ، والأكثر خطورة – **كالتصرف في الأوراق المالية مثلا .**

ولاشك في أن استئذان جهات متعددة في أمور الوصاية على هذا النحو ، يترتب عليه تعقيد الإجراءات ، والبطء في تصريف أمور الوصاية ، وتحميل القاصر مالايطيق من باهظ التكاليف . ومسلك القانون الوضعي المصري أحسن حظا من مسلك القانون الوضعي الفرنسي في هذا الشأن . فالسلطة التي تتولى الإشراف على تصرفات الأوصياء في مصر هي المحاكم وبجانب هذا ، تتولى النيابة العامة رعاية مصالح عديمي الأهلية ، والتحفظ على أموالهم ، والإشراف على إدارتها .

---

(١) أنظر :

WEILL et TERRE : op. cit., N. 840. P. 715, N. 805. P. 718.

فضلا عن أن مجلس العائلة – بوصف كونه أهم هيئة من هيئـــات سـلطات الإشراف على أمور الوصاية – لايزال يوجه إليه حتى الآن فى فرنسا كثـيرا من أوجه النقد ، من كبار رجال فقه القانون الفرنسى ، لأنـــهم يرونــه ســببا لوهن الرقابة، وضعف سلطانها على تصرفات الأوصياء [1] .

حدود إدارة الوصى فى القانون الوضعى الفرنسى :

تنص المادة (٤٥٠) من القانون المدنى الفرنسى على أنه :

" الوصى يمثل القاصر فى جميع التصرفات المدنية فيما عدا الحــالات التى يأذن القانون فيها للقاصر بمباشرة بعض التصرفات بنفسه ، أو تلــك التى جرى العرف على قيامه بها بمفرده ، ويدير أموال القــاصر إدارة رب العائلة الحريص على إدارة ثروته " .

كما تنص المادة (٤٥٧) من القانون المدنى الفرنسى على أنه :

" الوصى لايملك بغير إذن مجلس العائلة القيام بأعمال التصرف " .

ومفاد نص المادتين المتقدمتين ، أن المشرع الوضعى الفرنســى فــى عــام ١٩٦٤ - **وبالقانون الوضعى الفرنسى رقم (٦٤) – ١٢٣٠ ، والصادر فى الرابع عشر من شهر ديسمبر سنة ١٩٦٤** – قد أخذ بالتفرقة بيــن أعـمال الإدارة ، وأعمال التصرف . وبهذا ، يكون قد قضى على خلاف كان قائمـا فى فقه القانون الوضعى الفرنسى بشأن سلطة الوصى ، والذى كان قد استمر وقتا طويلا .

فغالبية الشرّاح الفرنسيون كانوا يأخذون بمبــدأ الســلطة المطلقــة للوصـــى إستنادا إلى أن الفقرة الأولى من المادة (٤٥٠) من القانون المدنى الفرنســى كانت تنص على أنه :

---

(١) أنظر :

RODIERE : L'administration des mineurs . etude De Droit compra . Paris . 1950 . N . 17 et s .

" **الوصى يمثل القاصر فى جميع التصرفات المدنية** " ، وأنكروا بذلك مطلقا فكرة التمييز بين أعمال الإدارة ، وأعمال التصرف ، حيث يقول فى ذلك جانب من الشراح الفرنسيون : " **يتعين هجر التمييز بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف ، حيث أن هذا التمييز لايقوم على معيار يساعد على حل مشكلة تصرف من التصرفات التى يأتيها بمفرده ، وتلك التى يتعين فى صددها الحصول على إذن خاص ، فمن المسلم به أن مهمة الوصى هى المحافظة عل ذمة القاصر ، وإثرائها ، وزيادة قيمتها ، وهذه المهمة تخوله أن يأتى كافة الأعمال التى يأتيها رب العائلة الحريص على إدارة ثروته** " [1] .

كما يقول جانب آخر منهم : " **يعتبر الوصى مهيمنا على أموال القاصر ويقوم بجميع الأعمال ، والتصرفات ، دون حاجة إلى إذن ، أو رقابة ، فيما عدا الحالات التى نص عليها القانون الوضعى الفرنسى صراحة ، فعليه الحصول بشأنها على إذن من مجلس العائلة ، أو المحكمة المختصة بإصداره إذا اقتضى الأمر ذلك** " [2] .

بينما ذهب جانب آخر من الشراح الفرنسيون إلى وجوب التفرقة بين أعمال الإدارة ، وأعمال التصرف ، فقصر أعمال الإدارة - **دون أعمال التصرف** - على الوصى [3] .

---

(١) أنظر :

AUBRY et RAU : Le droit civile Francais . T . 1 . 7 eme . N . 345 , 113 . P . 733 . Note 1 .

(٢) أنظر :

JOSSERAND : Cours de droit civile positif Francais . T . 1 . 1938 . Paris . Sirey . N . 408 et s ; PLANIOL et RIPERT : Traite pratique de droit civile Francais . T . 1 . N . 544 et s .

(٣) أنظر :

وكانت محكمة النقض الفرنسية قد اعتنقت الرأى الأول ، وقضت فى حكم لها فى عام ١٩٠٥ بأنه : " **الوصى يملك بصفة عامة القيام بجميع الأعمال الضرورية لإدارة ذمة القاصر ، مالم يمنعه نصا قانونيا وضعيا خاصا** " (٣)

ولقد جاء المشرع الوضعى الفرنسى فى عام ١٩٦٤ ، فقصر سلطة الوصى على أعمال الإدارة – **دون أعمال التصرف . وقد ذكرت المادة (٤٥٦) من القانون المدنى الفرنسى أمثلة على أعمال الإدارة التى يملك الوصى القيام بها بمفرده ، وهى :**

(١) – التصرفات بمقابل فى المنقولات ، والأموال التى تأخذ طابع الثمار " **المادة (٢/٤٥٦) من القانون المدنى الفرنسى** " .

(٢) - تأجير أموال القاصر لمدة لاتتجاوز تسع سنوات .

(٣) - وفاء الديون .

(٤) - إستيفاء الديون . إلى غير ذلك .

وقد ذكرت المادة (٤٥٧) **من القانون المدنى الفرنسى أمثلة على أعمال التصرف التى لايستطيع الوصى الإنفراد بمباشرتها ، بل يتعين عليه بالنسبة لها الحصول على إذن من مجلس العائلة ، وأذكر منها :**

١ – ..... ، ٢ – .... ، ٣ – ..... ، ٤ – ...... ، ٥ – الصلح .

مدى سلطة الوصى فى الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – فى القانون الوضعى الفرنسى :

من استعراض أحكام الوصاية فى القانون الوضعى الفرنسى ، يتضح لنا أن الوصى لايستطيع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – إلا بعد الحصول على إذن من مجلس العائلة – **باعتباره من أهم هيئات سلطة الإشراف على الوصى فى القانون الوضعى الفرنسى** – وفقا لنص المادة

LAURANT : Principes de droit civile Francais . 2 eme ed . T . 11 et T . 27 . Paris . 1869 – 1878 . T . 5 . N . 40 .

(١) أنظر :

Cass . Civ . 13 Mars . 1905 . S . 1910 . 1 . 1447 . D . H . 1906 . 1 . 165 .

(٤٥٧) من القانون المدنى الفرنسى ، بحيث إذا أبرم الوصى اتفاقا على التحكيم ، دون الحصول مسبقا على إذن من مجلس العائلة ، فإنه يكون عندئذ باطلا (١) .

ويلاحظ أن الفقه التقليدى في فرنسا كان يرى أن الوصى لايملك الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - بالنسبة لأموال القصر ، وإن كان يملك التحكيم فيما يتصل بالإيراد ، أو الثمرات التى تنتج عن أملاكه ، لأن هذه يملك التصرف فيها (٢) .

---

(١) أنظر :

GARSONNET et CEZAR – BRU : Traite de procedure civile . T . 8 . N . 237 . p 478 ; **AUBRY et RAU** : op . cit. , T . 1 . P . 712 ; **CARRE et CHAUVEAU** : op . cit . , T . 4 . N . 3251 ; **PLANIOL et RIPERT** : op . cit . , T . 1 . N . 590 ; **MOSTEFA – TRARI** : De la clause compromissoire . P . 60 et s ; **ROBERT (J .)** : Taite . 5 eme ed . 1983 . N . 26 ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : edition . 1983 . op . cit . , N . 153 – 156 . P . 146 – 149 ; **PASCAL – ANCEL** : Juris – Classeur . N . 58 et s .

(٢) أنظر :

GARSONNET et CEZAR – BRU : Procedure civile . T . 8 . N . 237 . P . 479 .

الفرع الثانى

سلطة الوصى فى الإتفاق على التحكيم

شرطـــا كـــان ، أم مشارطـــــة

فى القانـــــون الوضعــــى المصـــرى

نظام الوصاية فى القانون الوضعى المصرى :

لم يرد فى قانون الولاية على المـــال المصـــرى رقـــم (١١٩) لســـنة ١٩٥٢ ، أو فى القوانين الوضعية المصرية السابقة عليه تعريفا للوصـــى ، إلا أنه مع ذلك يمكن تعريفه بأنه :

" **كل شخص غير الأب أو الجد يختاره الأب أو تعينه محكمة الأحـــوال الشخصية ، لينوب عن القاصر فى إدارة أمواله ، ورعايتها ، تحت إشـــراف هذه المحكمة** " .

والأصل أن يختار الأب الوصى قبل وفاته ، بشرط أن يثبـــت الإختيـــار بورقة رسمية ، أو عرفية ، مصدقا على توقيع الأب فيها ، أو تكون مكتوبـــة بخطه ، وموقعة بإمضائه ، وتقوم المحكمة الإبتدائية " **دائرة الولايـــة علـــى المال** " بتثبيت الوصى " المادة (٢٨) **من قـــانون الولايـــة علـــى المـــال المصرى رقم (١١٩) لسنة١٩٥٢** " .

وإذا لم يختر الأب وصيا قبل وفاته ، فإن المحكمة الإبتدائيـــة " **دائـــرة الولاية على المال** " تقوم بتعيين الوصى " **المادة (٢٩) من قانون الولايـــة على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢** " .

وهكذا ، يتبين الفارق بين تعيين الوصى ، وثبوت الولاية . فالولايـــة تثبـــت بقوة القانون الوضعى . أما الوصاية ، فإن المحكمة الإبتدائية " **دائرة الولايـــة**

على المال " هى التى تتولى تعيين الوصى ، فى حالة عدم اختيار الأب لــــه قبل وفاته ، وتثبيته فى حالة الإختيار .

حدود إدارة الوصى فى القانون الوضعى المصرى :

وفقا لقانون الولاية على المال المصرى رقـــم (١١٩) لســـنة ١٩٥٢ ، فإن ولاية الوصى تكون أضيق من ولاية الولى . وتختلف ســـلطة الوصــــى بحسب ماإذا كان التصرف المراد القيام به من التصرفات النافعة نفعا محضـــا أم من التصرفات الضارة ضررا محضا ، أم من تلــك الدائــرة بيــن النفــع والضرر .

وفيما يتعلق بالتصرفات النافعة نفعا محضا ، والتصرفات الضـــارة ضـــررا محضا ، فإن الوصى يتفق فى ذلك مع الجد ، والأب ، فيملك مباشرة الأولـــى ولايملك مباشرة الثانية ، إلا لأداء اجب إنسانى ، أو عـــائلى ، وبـــإذن مـــن المحكمة الإبتدائية " **دائرة الولاية على المال** " . وإلى ذلك ، تشـــير المـــادة (٣٨) من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لســـنة ١٩٥٢ ، إذ تنص على أنه :

" لايجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عـــائلى وبإذن من المحكمة " .

وفيما يتعلق بالتصرفات الدائرة بين النفع ، والضرر ، فيفرق بين أعمـــال الإدارة ، وأعمال التصرف .

فالأصل أن الوصى يملك ولاية الإدارة – **دون ولاية التصرف** . ومـــن ثـــم يكون له أن **يقوم** بأعمال الإدارة بالنسبة لأموال القاصر ، دون حاجة إلى إذن من المحكمة الإبتدائية " **دائرة الولاية على المال** " .

غير أن المشرع الوضعى المصرى رأى أن هناك **طائفة من** الأعمال تدخـــل بحسب **طبيعتها فى** نطاق أعمال الإدارة ، ولكن نظرا لخطورتها الإقتصاديـــة على المال ، فقد اشترط بالنسبة لـــها الحصـــول علـــى إذن مـــن المحكمـــة

الإبتدائية " **دائرة الولاية على المال** "[1] . ومن ذلك ، ماتقضى بـــه المـــادة (٨/٣٩) من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ من أنه :

" **لايجوز للوصى إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى مابعد بلوغـــه ســن الرشد لأكثر من سنة إلا بإذن من المحكمة** " .

مدى سلطة الوصى فى الإتفاق على التحكيم - شـــرطا كـــان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى المصرى :

توجد طائفة من الأعمال تدخل بحسب طبيعتـــها فـــى نطـــاق أعمـــال التصرف .

ومع ذلك ، فقد اعتبرها المشرع الوضعى المصرى من قبيل أعمـــال الإدارة ، لانتفاء خطورتها الإقتصادية . ومن ذلك ، ماقضت به المادة (٣/٣٩) مـــن قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ من أنه :

" **لايجوز للوصى إجراء الصلح أو التحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيـــه مما يتصل بأعمال الإدارة ، وإلا وجب استئذان المحكمة** " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصـــرى المتقـــدم ، أنـــه يجـــوز - **ودون الحصول على إذن من المحكمة الإبتدائية " دائرة الولاية علـــى المـــال "** - القيام بالصلح ، والتحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فيما يقل عـــن مائـــة جنيه .

فالصلح ، والتحكيم - **بحسب الأصل** - من أعمال التصرف ، ولكـــن يســـمح للوصى القيام بهما ، فيما يقل عن مائة جنيه ، لانتفاء الخطورة الإقتصاديـــة عن التصرف[2] .

---

[1] فى دراسة أحكام الوصاية فى قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ ، أنظر : محمد كمال حمدى - الولاية على المال - ص ١١٦ ومابعدها .

فمن التصرفات التى لايجوز أن يباشرها الوصى إلا بإذن **من المحكمة الإبتدائية " دائرة الولاية على المال "** ، طبقا للمادة (٣٩) من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ ، الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - والذى أنزلته الفقرة الثالثة من المادة (٣٩) من قانون الولاية على المال المصرى رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢ منزلة أعمال التصرف ، إعتبارا بأنه ينطوى على التزامات متبادلة بالنزول على حكم هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ن أم مشارطة** - وأن هذا الإذن قصد به رعاية حقوق ناقصى الأهلية ، والمحافظة على أموالهم ، بالنسبة لتصرفات معينة .

إذ رأى المشرع الوضعى المصرى فى خطورتها ألا يستقل الوصى بالرأى فيها ، وأن هذا الإجراء شرع لمصلحة القصر - دون غيرهم - ويكون الحق مقصورا على الأطراف المحتكمين **" أطراف الإتفاق على التحكيم "** من ناقصى الأهلية ، والذين صدر حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم حال قصرهم ، بعد بلوغهم سن الرشد [1] .

---

[2] أنظر : **رمزى سيف** - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية - بند ٨٣ ص ٧٣ ، **أحمد محمد مليجى موسى** - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٧٩ - ص ١٨٦ ، **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٢٠ ص ٥٥ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الكتاب الأول - إتفاق التحكيم - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٢/٤٦ ص ١٢٦ .

[1] انظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧١/٤/١٤ - فى الطعن رقم (٥١) - لسنة (٣٦) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢١ ص ٥٩ .

المطلب الثالث

سلطة الوكيل الإتفاقى " العام ، والخاص " فى الإتفـــــاق علــــى التحكيـــم شرطـــــا كـــــان ، أم مشارـــة [1]

فكرة عامة عن الوكالة الإتفاقية " العامة ، والخاصة " :

تعتبر نيابة الوكيل عن الموكل هى أهم أحوال النيابة الإتفاقية ، ويعيـــن حدودها عقد الوكالة [2] .

---

(١) فى دراسة سلطة الوكيل الإتفاقى " العام ، والخاص " فى الإتفاق على التحكيم – شرطا كـــان ، أم مشارطة ، أنظر :

EMIL – TYAN : Le droit de l'arbitrage . P. 67 et s ; HERVE – CHASSERY : La clause compromissoire en droit interne . P. 41 et s ; MOSTEFA – TRARI – TANI : De la clause compromissoire . p. 49 et s ; Repertoire De Droit commercial . Arbitrage commercial . 1988 . T. 1 . Compromis . Clause compromissoire . N. 22 et s .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٤ ومايليـــه ص ٤٧ ومابعدها ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بنـــد ١/٤٦ ص ١٢٣ ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بنـــد ١٤٩ ومايليه ص ٥٠٩ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرســالة المشار إليها – ص ١٨١ومابعدها .

(٢) فى دراسة تفصيلية لأحكام الوكالة الإتفاقية ، أنظر :

VASSEUR (M .) : Essai sur la presence d'une personne a un acte juridique accompli par d'autres . R. T. D. Civ . 1949 . 173 .

وانظر أيضا : أكثم أمين الخولى – العقود المدنية – الطبعة الأولى – – ١٩٥٧ ، جمال مرسى بـــدر – النيابة فى التصرفات القانونية – ١٩٨٠ – الهيئة المصرية العامة للكتاب – القاهرة ، عبـــد الـــرزاق أحمد السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – الجزء السادس – المجلد الأول – العقود الـــواردة

وقد عرفت المادة (١٩٨٤) من التقنين المدنى الفرنسى الوكالة بأنها :

" التفويض فى تصرف يعطى به شخصا لآخر سلطة عمل شئ للموكل وباسمه " .

بينما عرفت المادة (٦٩٩) من القانون المدنى المصرى الوكالة بأنها :

" عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل "

وتثبت للوكيل بمقتضى الوكالة ، الصفة الإجرائية فى تمثيل الموكل إجرائيا – أى فى التقاضى باسمه – وموضوعيا – **أى فى مباشرة الأعمال الموصوفة " كلها** ، أو بعضها " ، **حسبما تكون عليه الوكالة " عامة ، أو خاصة " .**

وإذا كانت الوكالة عامة – وهى : الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لاتخصيص فيها ، حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل – فإنه لاتثبت للوكيل الصفة فى تمثيل الموكل ، إلا بالنسبة لأعمال الإدارة وحدها **" المادتان (١٩٨٨) من القانون المدنى الفرنسى " ، (١/٧٠١) من القانون المدنى المصرى " .**

سلطة الوكيل الإتفاقى " العام ، والخاص " فى الإتفاق على التحكيم ـ شرطا كان ، أم مشارطة :

لابد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة . وبصفة خاصة ، فى البيع ، والرهن ، والتبرعات ، والصلح ، والإقرار ، والتحكيم وتوجيه اليمين ، والمرافعة أمام القضاء **" المادة (١/٧٠٢) من القانون المدنى المصرى "** (١) .

على العمل ، المقاولة ، الوكالة ، الوديعة ، والحراسة – الطبعة الثانية – دار النهضة العربية بالقاهرة – ١٩٨٤ – بند ٢٥٨ ومايليه ص ٤٦٣ ومابعدها ، الجزء السابع – بند ٢٠٨ ومايليه ص ٣٦٩ ومابعدها .

(١) يمكن الإستناد كذلك فى اشتراط وكالة خاصة للإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – لنص المادة (٧٦) من قانون المرافعات المصرى ، والتى تنص على أنه :

واستلزام وكالة خاصة للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - نصت عليه كذلك المادة (١٩٨٩) من القانون المدنى الفرنسى . ومن ثـــم لايملك الوكيل الإتفاقى العام الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشـــارطة** - لأن سلطته تكون مقصورة على الإدارة ، عملا بنص المـــادتين (١٩٨٨) من القانون المدنى الفرنسى ، (٧٠١) من القـــانون المدنـــى المصـــرى . فالوكالة العامة - وهى : الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة ، لاتخصيص فيـــها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيل - لاتخول الوكيل صفـــة فـــى القيام بابرام الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بل لابد مـــن وكالة خاصة لذلك [1] ، [2] .

" لايصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ، ولا التنازل عنه ، ولا الصلح ولا التحكيم فيه .. إلخ " .

(١) أنظر :

MOREL : op . cit . , P . 43 , 44 ; F . MAUGER : L'arbitrage commercial aux Etats - Unis D' Amerique . These . Paris . 1955 . P . 35 ; MOSTEFA - TRARI - TANI : De la clause compromissoire . P . 49 et s ; P . ANCEL : L'arbitrage . J . C. Dr . Com . 1986 . Fasc . 211 . P . 16 ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 111 . 1987 . N . 22 et s ; Repertoire De Droit Commercial . Arbitrage commercial . 1988 . T . 1 . N . 27 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , Eedition . 1983 . N . 176 . edition . 1990 , P . 136 ; J . ROBERT et B . MOREAU : L'arbitrage . Droit interne . Droit international privce . 1983 . P . 17 ; HERVY - CHASSERY : La compromissoire en droit interne . N . 51 . p . 42 .

وانظر أيضا :

Trib . Com . La Seine . 25 Mars . 1955 . Gaz . Pal . 1955 . 1 . P. 391 ; La Seine . 14 Mars . 1963 . Rev . Arb . 1963 . P . 98 ; Paris . 21 Fevrier . 1974 . Gaz . Pal . 1974 . 11 . P . 855 .

وانظر أيضا : محمد على عرفة - أهم العقود المدنية - الكتاب الأول - فى العقود الصغيرة - مكتبـــة عبد الله وهبة بمصر - ١٩٤٥ - ص ٢٩ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى - المقالة المشار إليها - بند ٤ ص ٥ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بنـــد

فإذا كان الشخص وكيلا عاما ، أو وكيلا خاصا بشأن تصرف آخر ، فإنه يمتنع عليه عندئذ أن يبرم اتفاقا على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - لخطورته ، ومايترتب عليه من آثار قانونية عديدة [1] .

وإذا لم تكن للوكيل العام سلطة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - فلاتكون للوكيل الخاص هذه السلطة أيضا ، إلا إذا نص في سند وكالته على سلطته في الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** . إذ أن الوكالة الخاصة لاتثبت للوكيل صفة إلا بالنسبة للأمور المحددة فيها [2] ، [3] .

---

٢٧ ص ٦٩ ، **سامية راشد** - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الكتاب الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٨٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٢٩٠ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠ - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند ١/٤٦ ص ١٢٣ ، **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٤٩ ص ٥١١ ، **عاطف محمد راشد الفقي** - التحكيم في المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٨١ ومابعدها .

(٢) حول استلزام وكالة الخاصة لقيام الوكيل بالخصومة - وهو دائما المحامي في النظامين القانونيين الوضعيين المصري ، والفرنسي المقارن - للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ، أنظر :

J . ROBERT et B . MOREAU : op . cit . , N . 28 ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , edition . 1983 . N . 177 . 1990 . N . 63 .

وانظر أيضا : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٦٧ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٤٦ ص ١٢٤ .

(١) أنظر : **عاطف محمد راشد الفقي** - التحكيم في المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٨١ .

(٢) أنظر :

PASCAL - ANCEL : Juris - Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1023 . ou commercial . Fasc . 211 . N . 76 .

وهناك أعمالا ، وتصرفات تقتضيها الإدارة - **كبيع المحصول ، وبيع البضاعة ، أو المنقول الذى يسرع إليه التلف** ، **وشراء مايلزم الشئ محل الوكالة من أدوات لحفظه ، واستغلاله " المادة (٧٠١/٢) من القانون المدنى المصرى** " - وفى مثل هذه الحالات ، وما يشابهها ، تكون للوكيل العام سلطة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، ام مشارطة** [١] .

وتطبيقا لذلك ، فإن التفويض بالصلح ، لايتضمن سلطة الإحالة على نظام التحكيم . وبمعنى آخر ، ، فإن التفويض بالصلح لايشمل التفويض بتحكيم هيئة تحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة " المادة (١٩٨٩) من القانون المدنى الفرنسى** " [٢] .

وانظر أيضا : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الكتاب الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٤٠/أ - ص ٧٦ ومابعدها .

(٣) فى دراسة نطاق خصوصية الوكالة الإتفاقية فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - ومدى اشتراط شكلا معينا فى الوكالة الخاصة الازمة لإبرام الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بواسطة الوكيل الإتفاقى ، وتطبيقات فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى هذا الشأن ، أنظر : **عاطف محمد راشد الفقى** - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٢ ومابعدها .

(١) أنظر : المؤلف - الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر :

MOSTEFA – TRARI – TANI : **De la clause compromissoire . P. 54 ; PASCAL – ANCEL : op . cit ., N . 78 .**

وانظر أيضا : **محمد كامل مرسى** - شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماه - ١٩٤٩ - المطبعة العالمية بالقاهرة - بند ١٩٢ ص ٢٦٢ ، **محمد على عرفة** - أهم العقود المدنية - الكتاب الأول - العقود الصغيرة - ص ٣١ .

كما أن الوكالة المقررة للإلتجاء إلى التوفيق - **وهو الذى لاينهى النزاع ولايمنع من اتخاذ الإجراءات القضائية لاحقا** - لاتعطى الحق فى إبرام الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للوكيل الإتفاقى الممنوح سلطة الإلتجاء إلى التوفيق (١) .

كما أن السلطة المخولة للمحامى بمقتضى وظيفته ، أو بموجب وكالة عامة ، لتمثيل موكله أمام القضاء العام فى الدولة ، لاتخوله سلطة إبرام الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لأنه يكون وكيلا فى ادارة الدعوى القضائية فقط ، وليس فى ابرام عقود - **كالإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة** - مثلا (٢) ، (٣) .

والمحامى ، أو غير المحامى - **عند اللزوم** - الموكل بالمرافعة أمام القضاء العام فى الدولة ، تصح مرافعته أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **سواء أكان التحكيم بالقضاء " تحكيما عاديا**

---

(١) أنظر :

Trib. Com. Seine. 25 Mars. 1955. Gaz. Pal. 1955. 1. P. 391.

مشارا لهذا الحكم القضائى فى : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٨١ - الهامش رقم (٥) .

(٢) أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٢ .

(٣) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : La droit Francais de l'arbitrage . edition . 1990 . P . 136 . Note : 77 ; **HERVY - CHASSERY** : La clause compromissoire . N . 52 . P . 44 . Note 1 ; **PASCAL - ANCEL** : Juris - Classeur . N . 79 et 80 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٨١ ص ١٩١ .

أم كان تحكيما مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " [١] .

ويتطلب تفويضا خاصا لموالاة الوكيل لإجراءات خصومة التحكيم ، نيابة عن الموكل " **كمدعى ، أو كمدعى عليه** " ، كما إذا كان الإتفاق على التحكيم قد تم بواسطة الموكل مباشرة . وبعدئذ ، اضطرته الظروف إلى أن يوالى إجراءات خصومة التحكيم [٢] .

والوكيل الذى منح سلطة إحالة نزاع معين إلى التحكيم ، **مع تخويله** سلطة استئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أو عدم استئنافه – **بطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن باستئناف أحكام التحكيم الصادرة فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم** – لايملك الإتفاق مقدما على اعتبار حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم انتهائيا ، لأن التوكيل الخاص يخول له سلطة تقدير الأمور ، ووزنه بعد صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . وعندئذ ، تكون له سلطة قبوله ، أو الطعن فيه بالإستئناف [٣] .

وتفويض الوكيل بالإتفاق على التحكيم فى التوكيل الخاص ، يجيز له تحديد المنازعات التى يجوز فيها التحكيم ، ويجيز تمثيل الموكل فى خصومة

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٩٨ ومابعدها ص ٢٣٠ ومابعدها .

(٢) أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٤٩ ص ٥١٢ .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٢٧ ص ٧٠ .

التحكيم ، لأنه إذا لم يتضمن التوكيل الخاص تحديد هذه المنازعات ، فإن الموكل يكون قد ترك تحديدها لتقدير الوكيل ، وفوضه في هذا الشأن (١) .

ويمكن استخلاص نية مد الميعاد الازم لإصدار حكم التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من تصرفات وكيل الخصم ، بشرط أن يكون مفوضا في ذلك تفويضا خاصا بمد الميعاد .

أما إذا كان غير مفوض في ذلك صراحة ، فلا يعتد بتصرفاته ، مالم يقبلها الموكل بصورة صريحة ، أو ضمنية (٢) .

وينطبق الحكم المتقدم على الوكيل بالخصومة المفوض بمباشرة إجراءات خصومة التحكيم ، والحضور أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فلايستطيع أن يوافق على مد الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، دون أن يكون مفوضا في ذلك تفويضا خاصا ، ولايعتبر حضوره أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قبولا ضمنيا بمد الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مالم يكن مفوضا في ذلك تفويضا خاصا .

وإذا قام الوكيل العام بالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإنه يكون باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة الأصيل ، فيكون له وحده حق التمسك بالبطلان ، ويزول هذا البطلان بإجازة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ضمنا ، إذا ماتكلم في الموضوع أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، دون أية تحفظ . أما إذا كان الحاضر أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٨١ ص ١٩٠ ، ١٩١ .

على التحكيم هو الوكيل العام ، فإن تكلمه فى الموضوع لايصحح البطلان ويظل الإتفاق على التحكيم باطلا بطلانا نسبيا ، ولايصحح إلا بإجازة الأصيل الصريحة ، أو الضمنية (١) .

وغالبا مايعتمد التجار على الوكلاء . والأصل أنه لايجوز للوكيل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - دون أن يكون حاصلا من الموكل على تفويض خاص يخوله هذه السلطة . ومع ذلك ، فقد استقر العمل التجارى على أن الوكالة العامة تكفى لصحة شرط التحكيم الذى يبرمه الموكل ، متى خولت له هذه الوكالة سلطة التعامل وفقا للعادات السائدة فى مكان معين ، أو تجارة معينة ، متى كانت تلك العادات تلزم المتعاقدين بشرط التحكيم (٢) .

وفى نطاق المعاملات التجارية الدولية ، فإنه وطبقا للعرف الدولى يعقد الوكيل الصفقات ، ومايتبعها من عقود ، وهذه ، وتلك عادة ماتكون طبقا لنماذج معينة ، متعارف عليها دوليا ، وتنطوى على شرط التحكيم ، مما لايحتاج لوكالة خاصة للإتفاق على التحكيم ، بل يدخل فى سلطة الوكيل المفوض بالبيع طبقا للعرف الدولى ، ومايستلزم ذلك من عقود يقتضيها هذا العرف . ولايصح والحال كذلك ، أن ينكر الموكل - **سواء فى الوكالة الخاصة ، أم فى الوكالة الإفتراضية** - شرط التحكيم ، لأن الشرط قد جاء هنا مقترنا بموضوع الوكالة ، وهذا البيع يكون بمقتضى عرف دولى مستقر

---

(١) أنظر :

ALFRED BERNARD : op . cit . , P . 43 . N . 99 ; Repertoire De Droit Procedure Civile, P . 23 et s . N . 43 et s ; **GARSONNET et CEZAR – BRU** : op . cit. , T . 8 .N . 241 ; **CARRE et CHAUVEAU** : op . cit. , T . 4 . N . 3272 .

وانظر أيضا : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٧ ص ٦٩ .

(٢) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٣٧ ص ٢٠٣ .

ولايصح الإنكار إلا إذا وجد نصا خاصا بالوكالة ، يحظر على الوكيل ذلك وهذا أمرا تقتضيه طبيعة التجارة الدولية ، ومايجب أن يتوافر لها من ثقة في التعامل ، وسرعة ، وحسن النية فى التنفيذ [١] ، [٢] ، [٣] .

---

(١) أنظر : سامية راشد – التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – بند ١٥٧ ص ٢٧٧ ومابعدها .

وحول اعتراف جانب من فقه القانون الوضعي المقارن لمديروا الشركات الأخرى بنفس الصلاحية السابقة ، باعتبار أن الإتفاق على التحكيم يعد من أعمال الإدارة الجارية ، أنظر :

HERVE – CHASSERY : De la clause compromissoire . N . 56 ; **D . COHEN** : Arbitrage et societe . 1993 . Pp . 220 – 225 .

(٢) حول المرونة التى أدخلت على استلزام وكالة خاصة لإبرام الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – بواسطة فقه القانون الوضعي ، وأحكام القضاء المقارن بشأن الشركات ذات المسئولية المحدودة ، أو شركات المساهمة ، بالتأكيد على إمكانية قيام مديروا هذه الشركات بإبرام اتفاقات تحكيم – شروطا كانت ، أم مشارطات – دون حاجة لاشتراط الحصول مسبقا على تفويض خاص بذلك ، باعتبار أن هذا يدخل فى أعمال الإدارة الجارية **Les actes des gestions courants** ، أنظر :

HERVE – CHASSERY : op . cit . , p . 48 ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , N . 1801 . P . 137 et s .

(٣) فى دراسة سلطة مدير الشركة فى إبرام إتفاقات التحكيم البحرى – شروطا كانت ، أم مشارطات ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٤ ومابعدها .

الفصل الثالث

النطاق الموضوعى للإتفاق علـــى التــحكيم " المنازعات التى يمكن أن تكــون محلا للإتفــاق على التحكيم شرطـــا كــــان ، أم مشارطة " (١) ، (٢) .

تمهيد ، وتقسيم :

الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " - **كغيره من العقـود** - يجب أن يكون له محلا يرد عليه ، فهو لايختلف عن غيره من العقود فى هذا الشأن ، حيث يعد محل العقد ركنا أساسيا من أركانه ، والذى لاينعقد بدونــه .

---

(١) فى دراسة النطاق الموضوعى للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ، أنظر : **محمـــد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ١١٣ ومابعدهــا ، **عبـد الحميد المنشاوى** - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٢٩ ومابعدها ، **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٥ ومايليه ص ٣٣ ومابعدهــا ، بنـد ١٦٨ ومايليــه ص ٥٤٠ ومابعدها ، **عاطف محمد راشد الفقى** - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشـار إليها - ص ١٩٠ ومابعدها .

(٢) فى تحديد القانون الذى تطبقه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضـوع الإتفـاق علـى التحكيم عليه ، أنظر : **مختار أحمد بريرى** - التحكيم التجارى الدولى - بند ٧٨ ومايليــه ص ١٢٩ ومابعدها ، **عاطف محمد راشد الفقى** - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليـها - ص ٤٧٨ ومابعدها ، **أشرف عبد العليم الرفاعى** - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصـة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٧٥ .

ويشترط فى هذا المحل فضلا عن وجوده ، أن يكون معينا ، أو على الأقل قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا ، تطبيقا للنظرية العامة للعقد .

إلا أنه وبالنسبة للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فإنه يجب أن يتضمن شيئا آخر ، هو تحديد النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين - أطراف الإتفاق على التحكيم - لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - وهذا هو الجانب الموضوعى فى محل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فيجب لقيام الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن يكون النزاع " **المحتمل** ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين **الأطراف المحتكمين - أطراف الإتفاق على التحكيم - لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - موجودا ، ومحددا ، ومن بين المنازعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم .

ودراسة كل ذلك يقتضى منا تقسيم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين :

المبحث الأول :

وجود النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين - أطراف الإتفاق على التحكيم - لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل فى موضوعه - وتحديد المعنى الموضوعى لمحل التحكيم .

المبحث الثانى :

المنازعات التى لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المبحث الأول

وجود النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين - أطراف الإتفاق على التحكيم - لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمـــة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعـــه - وتحديد المعنى الموضوعى لمحل التحكيم (١) ، (٢) .

فكرة عامة عن محل العقد :

محل العقد يمثل ركنا أساسيا من أركانه ، والذى لاينعقد بدونه .

ومحل العقد هو :

---

(١) فى بيان كيفية تحديد محل الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ، وأثر تخلفه ، أنظـــر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٤ ومايليه ص ٣٥ ومابعدهـــا ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليـــها - ص ١٩٠ ومابعدها .

(٢) فى بيان التطبيقات القضائية بشأن تحديد محل الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـــارطة ، وأثر تخلفه ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٨٤ ومابعدها .

الإلتزامات التى يولدها ، أو الشئ الذى يلـــتزم المديــن بعملـــه ، أو بالإمتناع عن عمله .

فالغاية من العقد هى إنشاء الإلتزام ، فإن لم يتم الإلتزام لسبب يمـــس محلـــه فإن العقد كله يقع باطلا بدوره ، باعتبار أن محل الإلتزام يعتبر فـــى نفــس الوقت محلا للعقد الذى ينشؤه [1] .

ويشترط فى محل العقد بصفة عامة – **فضلا عن وجـــوده** – أن يكــون معينا ، أو على الأقل قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا .

وقد تضمنت المواد (١٣١) – (١٣٥) من القانون المدنى المصـــرى الشروط الواجب توافرها فى محل العقد بصفة عامة . **وهذه الشـــروط هـــى**

الشرط الأول :

أن يكون محل العقد ممكنا ، غير مستحيل :

يلزم لنشأة الإلتزام . وبالتالى ، لقيام العقد الذى يولـــده أن يكــون محله ممكنا ، غير مستحيل . وفى ذلك ، تنص المادة (١٣٢) من القـــانون المدنى المصرى على أنه :

" إذا كان محل الإلتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا " .

فإذا التزم المدين بما هو مستحيلا ، بطل التزامه ، وبطل العقد الذى أريد لـــه أن ينشؤه .

الشرط الثانى :

أن يكون محل العقد معينا ، أو قابلا للتعيين :

---

(١) فى دراسة تفصيلية لنظرية العقد ، أنظر : **عبد الرزاق أحمد السنهورى** – الوسيط فى شـــرح القانون المدنى – نظرية العقد – طبعة سنة ١٩٣٤ – مطبعة دار الكتاب المصرية – مصـــادر الإلـــتزام – المجلد الأول – العقد – ١٩٨١، **عبد الفتاح عبد الباقى** – نظرية العقد ، والإرادة المنفردة – دراسة مقارنه . وخاصة ، بند ١٩٤ ومايليه ص ٤٠٧ ومابعدها .

يشترط فى محل الإلتزام أن يكون معينا ، أو على الأقل قابلا للتعيين . وفى ذلك ، تنص المادة (١٣٣) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ١ - إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا .

٢ - ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد مايستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أى ظرف آخر ، إلتزم المدين أن يسلم شئ من صنف متوسط " .

والشرط الثالث :

أن يكون محل العقد مشروعا :

يشترط فى محل الإلتزام أن يكون مشروعا - **أى جائزا قانونا** - فإذا كان محل الإلتزام غير مشروع ، ماقام الإلتزام ، وبطل العقد الذى كان من شأنه أن يولده ، لعدم مشروعية محله . وفى ذلك ، تنص المادة (١٣٥) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا " .

ومناط مشروعية محل الإلتزام ، أو عدم مشروعيته ، هو اتساقه ، أو مخالفته للقانون ، وللنظام العام ، وحسن الآداب فى الدولة . فإن كان محل الإلتزام لايتعارض مع القانون ، ولامع النظام العام ، وحسن الآداب فى الدولة ، كان مشروعا ، وقام العقد . أما إذا كان مخالفا للقانون ، أو متجافيا مع النظام العام ، أو حسن الآداب فى الدولة ، وقع غير مشروع ، وبطل العقد [1] .

---

[1] فى دراسة تفصيلية لمحل العقد بصفة عامة ، وشروطه القانونية ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - دراسة مقارنة - بند ١٩٤ ومايليه ص ٤٠٧ ومابعدها .

مفهوم المحل فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة

يتضمن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - بالنسبة لمحله معنى مزدوجا :

المعنى الأول :

موضوعيا :

وهو النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين - أطراف الإتفاق على التحكيم - لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه .

والمعنى الثانى :

شخصيا :

وهو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - باعتبار أن تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشـــارطة** - فى **الإتفاق على التحكيم يعتبر جزء من محله . ومن ثم ، يبطل الإتفـــاق على** التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - الذى يأتى خلوا من هذا التعيين ، فى بعض الأنظمة القانونية الوضعية التى تجعل من هذا التعيين ركنا أساسيا من أركان وجوده ، وشروط صحته .

ويعنى ذلك ، أن يكون لمحل التحكيم معنى مزدوجـــا . فـــهو إلـــى جـانب ضرورة أن يتضمن تحديدا لموضوع التحكيم ذاته ، وهو النزاع " **المحتمـــل وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين - أطراف الإتفـــاق على التحكيم - لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن

طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه - يجب أن يتضمن تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة [1] .

وسوف نعرض فى الشروح التالية لتحديد المقصود بالنزاع " المحتمل وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين - أطراف الإتفاق على التحكيم - لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، وتفسير القضاء المقارن لوجوده ، وتحديده ، فى المطلبين التاليين :

المطلب الأول :

المقصود بالنزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين - أطراف الإتفاق على التحكيم - لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية **- دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - ودوره فى تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

المطلب الثانى :

تفسير القضاء المقارن لوجود النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين - أطراف الإتفاق على التحكيم -

---

[1] أنظر : **سامية راشد** - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٨٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٣٥١ ومابعدها .حيث تحدد سيادتها موضوع التحكيم بثلاثة عناصر ، وهى : الخضوع الإختيارى للتحكيم ، بشأن خلاف يتصل بعلاقة قانونية محددة ، مما يجوز بشأنها التحكيم .

لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريـــق هيئـــة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمـــة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - وتحديده بالنسبة للإتفـــاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

وإلى تفصيل كل هذه المسائل :

المطلب الأول

المقصود بالنزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين - أطراف الإتفاق على التحكيم - لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل فى موضوعه - ودوره فى تحديد طبيعة العمـــل الذى يصدر مــن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيـم شرطا كان ، أم مشارطة

إختلاف فقه القانون الوضعى المقارن حول تحديد مفهوما محـــددا للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القــانونى بصفــة خاصة :

إختلف فقه القانون الوضعى المقارن حول تحديد مفهوما محددا للمنازعـــة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

فهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من يصورها - أى **المنازعة بصفـــة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصـــة** - تصويـــرا شـــكليا

والذى يتمثل فى نظرهم فى إجراءات الخصومة التى تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف ، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقة ، أم لا .

وهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من صورها - **أى المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة** - تصويرا موضوعيا حيث يستخلصون من عناصرها مايقدرون أنه العنصر الراجح فى تعريفها . فاعتمد البعض على أشخاصها " **العنصر الشخصى** " . بينما استند البعض الآخر إلى مضمونها ، أو موضوعها " **العنصر الموضوعى** " .

وهناك من فقه القانون الوضعى المقارن من جمع بين التصوير الشكلى والتصوير الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة .

وأخيرا ، هناك من فقه القانون الوضعى المقارن من اعتبر أن المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى . أو أن المنازعة تولد مركزا نزاعيا يشكل عارضا فى الحياة القانونية ، ويجب إزالته .

وسوف أعرض بإيجاز لكل تصور من هذه التصورات التى قيل بها للتعريف بالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، على النحو التالى :

الإتجاه الأول :

التصوير الشكلى لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة :

حاول جانب من فقه القانون الوضعى المقارن تقديم تعريفا شكليا للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، يعتمد على عناصر خارجية ، لاتعد من مفترضاتها .

فالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة هى التواجهية أمام القضاء **Debat contradictoire** ، التى تتم بناء على إجراءات الخصومة القضائية .

فوجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة يعتمد على توافر هذا الشكل ، بغض النظر عن وجودها الفعلى ، أو الحقيقى . وإذا كان توافر هذا الشكل يعتمد على إرادة المشرع الوضعى ، بل وحتى على إرادة المتقاضين أنفسهم . فإنه يترتب على ذلك ، أن وجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ذاته يتوقف على هذه الإرادات .

فضلا عن أن الشكل ، والإجراءات هى من العناصر الثانوية ، والخارجية والعرضية ، فلا يمكن أن يستخلص من الشكل ، والإجراءات ، وجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وإنما لأن هناك منازعة ، فإنه يجب اتباع هذا الشكل ، وتطبيق هذه الإجراءات . فوجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة يسبق الشكل ، والإجراءات التى تنظر من خلالها ، وبواسطتها . ولذلك ، فإنه يلزم تعريفها مجردة عن هذا الشكل ، وتلك الإجراءات [١] .

فالتصوير الشكلى للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، يتمثل فى نظرهم فى إجراءات الخصومة القضائية ، والتى تقوم على مبدأ المواجهة بين الأطراف ، وسواء بعد ذلك أكانت هناك منازعة حقيقية **contestation** ، أم لا .

---

(١) أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – ١٩٩٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٩ ص ٢١ ، ٢٢ .

الإتجاه الثانى :

التصوير الموضوعى لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة :

إتجه جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن نحو المنازعة ذاتها يستخلصون من عناصرها مايقدرون أنه العنصر الراجح فى تعريفها . فاعتمد البعض على أشخاصها " **العنصر الشخصى** " .

بينما استند البعض الآخر إلى مضمونها ، أو موضوعها " **العنصر الموضوعى** " .

وتتمثل المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة فى تنازع بين إرادات **Conflit ou desaccord entre des volontes** ولقد نسبت هذه الإرادات إبتداء إلى أصحاب الحقوق ، والمراكز القانونية الذاتية . فيمكن تصوير المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة على أنها نزاعا بين أشخاص ، حول حقوق شخصية متعارضة . ومن ثم ، تنحلل إلى عنصرين : إدعاء يصدر عن إرادة ، يقابله خضوع من الإرادة المقابلة . ومحصلة ذلك ، هو وجود إرادتين فى حالة صدام **Deux volontes en lutte** . ويترتب على ذلك ، عدم اعتبار النيابة العامة ، وجهة الإدارة فى الدعاوى الجنائية ، والدعاوى القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية خصوما فى منازعة ، طالما أنهم لايدافعون عن حق شخصى ، أو مركز قانونى ذاتى [1] .

---

[1] فى دراسة الإتجاهات الموضوعية فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، ونقدها ، أنظر : فقه القانون الوضعى المشار إليه فى : **محمود محمد هاشم** – قانون القضاء المدنى – الطبعة الثانية – ١٩٩١ – المكتبة القانونية بالقاهرة – ص ٤٤ ، ٤٥ ، **أحمد ماهر زغلول** – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١٠ ص ٢٢ ، ٢٣ .

فيمكن التركيز على مضمون المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة العنصر الأساسى فى تعريفها . فتتضمن المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة إدعاءين متعارضين ، وهى تتواجد لحظة أن يتوافر هذا المضمون ، دون اشتراط شروطا خاصة فى شخص من تصدر عنه ، أو فى طبيعة المصلحة التى يدافع عنها ، فكل هذه الشروط لاتؤثر فى وجود المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وإنما تلزم فقط لتحديد التشكيلات القضائية المختصة بالفصل فى النزاع . وكذلك ، الإجراءات الواجبة الإتباع عند نظره ، والفصل فيه [1] .

فالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل إدعاءات متعارضة ، تمثل نزاعا حقيقيا بين الإرادات ، الأمر الذى يعكر السلام الإجتماعى .

ويكفى أن تكون مصلحة المدعى قد تعرضت للأذى ، أو المساس بها بسبب موقف معين من خصمه - **سواء كان هذا الموقف إيجابيا ، أم سلبيا** - مما يعطل ممارسة الحق ، أو المركز القانونى ، أو أن مجرد وجود الشك يؤدى إلى شبهة المنازعة ، فيتدخل القضاء العام فى الدولة لإزالة هذا الشك .

وفقه القانون الوضعى المقارن الحديث نسبيا قد اكتفى بمجرد وجود نزاع **Litige** حول مصلحة معينة ، ولو لم تصل إلى حد المنازعة حول مركزا قانونيا معينا .

---

[1] فى الإعتماد على مضمون المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، باعتباره العنصر الأساسى فى تعريفها ، أنظر : فقه القانون الوضعى المشار إليه فى : **أحمد ماهر زغلول** - أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - بند ١١ ص ٢٣ ، ٢٤ .

فالنزاع بصفة عامة ، وفكرته على الصعيد القانونى بصفة خاصة هو :

عبارة عن تنازع فى المصالح ، يتخذ شكل تنـــازع بيــن إرادتيــن ، إدعاء من جانب ، يقابله مقاومة من الجانب الآخر ، وتتخذ هذه المقاومـــة صور الإعتداء على المصلحة المطلوب حمايتها ، وتظهر هذه المقاومة فـــى مجرد معارضة .

وبذلك ، تكون القاعدة القانونية الموجودة سلفا قد فشلت فى حل النزاع ، ممـــا يتطلب تدخل القضاء العام فى الدولة للفصل فيه بشكل عادل ، وفقا لأحكـــام القانون الوضعى [1] .

الإتجاه الثالث :

المزج بين الإتجاه الشكلى ، والإتجاه الموضوعى فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القـــانونى بصفـــة خاصة :

حاول جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أن يجمـــع فـــى تعريـــف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفـــة خاصـــة بيـــن المذهبين الشكلى ، الموضوعى . **فالمنازعة فى تصورهم تتحلل إلى عنـــاصر ثلاثة :**

العنصر الأول :

تعارض بين ادعاءات خصمين .

العنصر الثانى :

قبول أطراف المنازعة الحل السلمى ، عن طريق عرضها على القضـــاء العام فى الدولة .

---

[1] أنظر : محمود محمد هاشم - الإشارة المتقدمة .

والعنصر الثالث :

قاضيا عاما ، ينتمى إلى السلطة العامة ، وتنحصر مهمته فى التوصل إلى حل سلمى لها .

والعناصر الثلاث المتقدمة ينتظمها ضابطان :

الضابط الأول :

شكلى .

والضابط الثانى :

موضوعى .

ويتمثل الضابط الشكلى :

فى قبول أطراف المنازعة عرضها على القضاء العام فى الدولة ، وفى وجود القاضى العام ، لكى يفصل فيها .

أما الضابط الموضوعى فيتمثل فى :

تعارض ادعاءات الخصوم :

ولايكفى مجرد تعارض ادعاءات الخصوم ، وإنما يلزم أن يتخذ هذا التعارض شكلا معينا ، هو شكل المواجهة بين الخصوم أمام القضاء العام فى الدولة . فإذا ماتمثل النزاع فى هذا الشكل ، إستكملت المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة عناصر وجودها ، دون أن يؤثر فى ذلك صفة أطرافها ، أو طبيعة المصلحة التى يدافعون عنها ، أو الحقوق والمراكز القانونية محل التنازع ، فيستوى فى ذلك أن تكون حقوقا شخصية أو مراكز قانونية موضوعية [1] .

---

[1] فى عرض هذا الإتجاه ، ونقده ، أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١٢ ومايليه ص ٢٥ ومابعدها .

الإتجاه الرابع :

المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القـانونى بصفـة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى :

المدار فى الإعتداد بالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتـها علـى الصعيـد القانونى بصفة خاصة ، هو فى أثرها بالنسـبة للنظـام القـانونى الوضعـى ومايترتب عليه من إعاقة التطبيق التلقائى للقانون الوضعى ، مما يؤدى إلـى تحقيق شرط التدخل القضائى ، وتثار الحاجة إليه ، لفرض هذا التطبيق جبرا فالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصـة تولـد مركزا نزاعيا ، يشكل عارضا فى الحياة القانونية ، يجب إزالته .

ذلك أن نشأة المنازعة حول حق ، أو مركز قانونى ، أو حول أمر يتصـل أو يتعلق بذلك ، يعنى فشل الإرادات الفردية فـى التطبيـق التلقـائى للقـانون الوضعى .

فالأصل أن القانون الوضعى يعتمد فى نفاذه على التطبيـق الإرادى للأفـراد والجماعات الخاضعين لأحكامه ، ويعتمد هذا التطبيق علـى الـرأى الذاتـى لهؤلاء الأشخاص ، والذين يستخلصونه بمناسبة وقائع تعرض عليـهم فـى مجرى حياتهم – سواء بأنفسهم ، **أو بمعاونة المتخصصين فـى المعـارف القانونية** – فإذا اصطدم هذا الرأى الذاتى برأى ، أو سـلوك صـادر عـن طرف آخر ، كان ذلك إعلانا عن فشل التطبيق التلقائى للقـانون الوضعـى لأن القانون الوضعى لايغلـب – **وبطريقـة تلقائيـة** – إرادة علـى إرادة . وعندئذ ، تثور الحاجة إلى التدخل القضائى ، ويتوافر شرط الإلتجـاء إليـه حيث تتحول الإرادة الذاتية إلى مجرد ادعاءات متبادلة ، ومتعارضة ، تطـوح أمام القضاء العام فى الدولة ، لترجيح بعضها على البعض الآخر .

ووجود هذه الإدعاءات المتعارضة ، يفضى إلى تجهيل الحقوق والمراكز القانونية محلها ، بل ويرتب تجهيلا لإرادة القانون الوضعى ذاته باعتباره فى النهاية مصدرا لهذه الحقوق ، والمراكز القانونية .

ووجود التجهيل فى الحياة القانونية يهدد الإستقرار ، والذى يسعى إلى فرضه كل قانون وضعى .

فالإستقرار يعتمد فى تحقيقه على اليقين ، يقين كل المخاطبين بالقواعد القانونية بالمراكز ، والحقوق التى ترتبها هذه القواعد ، وفى وجود التجهيل يضطرب اليقين ، فلايتحقق الإستقرار .

ويشكل التجهيل القانونى المتولد عن المنازعة عارضا من عوارض النظام القانونى الوضعى ، يقتضى مباشرة النشاط القضائى ، لإزالته ، تحقيقا لوظيفته فى حماية النظام القانونى الوضعى .

فيمكن تحليل المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة إلى عناصر أساسية ثلاثة :

العنصر الأول :

يتعلق بأطرافها .

والعنصر الثانى :

يتعلق بمضمونها .

والعنصر الثالث :

يتعلق بأثرها .

فالعناصر الثلاث المتقدمة تشير إلى وجود تعارض فى الرأى الذاتى لشخصين ، أو أكثر من أشخاص القانون الوضعى ، يدور حول حقوق ومراكز قانونية ، ويؤثر سلبا فى النظام القانونى الوضعى ، عن طريق تجهيل هذه الحقوق ، والمراكز القانونية .

وإذا كان عنصر الأثر يمثل شرطا مبدئيا لقبول الطلب القضائى ، وقيام التزام القضاء العام فى الدولة بنظره ، فإن العنصرين الآخرين يمثلان - كقاعدة - شروطا تنظيمية ، لتنظيم منح الحماية القضائية .

فتعيين جهة القضاء ذات الولاية بنظر المنازعة . وكذلك ، تحديد التشكيلات القضائية المختصة داخلها ، هي أمورا تتوقف على صفة أشخاص المنازعة وطبيعة المصلحة التى يدافعون عنها . وكذلك ، على مضمونها (١) ، (٢) .

الحل المختار :

بعد استعراض اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن بشأن تحديد المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، فإننا نعتقد أن اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن القائل بأن المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى المقارن ، بما تشكله من تجهيل بالحقوق ، والمراكز القانونية للأفراد ، والجماعات ، هو الإتجاه الجدير بالتأييد ، لسلامة الأساس القانوى الذى يستند إليه ، ومنطقية حججه ، وأسانيده من جانب ، وصعوبة التسليم بأى من اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن الأخرى على إطلاقها دون توجيه الإنتقادات التى توجه إلى الأفكار التى طرحتها ، ودافعت عنها .

فكل من اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن الأخرى قد اعتمدت على أساس معين ، والذى انطلقت منه ، وبنت عليه رأيها . وكل أساس من هذه الأسس يدور حوله العديد من الإنتقادات .

---

(١) فى عرض هذا الرأى ، وتأييده ، أنظر : **أحمد ماهر زغلول** - أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - بند ١٥ ومايليه ص ٢٨ ومابعدها .

(٢) فى دراسة مشكلة تجهيل النظام القانونى " أساسها ، ومظاهرها " ، أنظر : **أحمد ماهر زغلول** - أعمال القاضى التى تحوز حجية لأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - بند ٤ ومايليه ص ١٥ ومابعدها .

ولانعتقد أن المجال يكون مناسبا لاستعراض هذه الإنتقادات ، لأننا لسنا في هذا المجال في مقام تقييم اتجاهات فقه القانون الوضعي المقارن في تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة في الأسس التي انطلقت منها ، وانبنت عليها .

فبعضا من هذه الإتجاهات في تحليلها لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة قد انتهت إلى عدة نتائج ، مستخلصة من تحليلها لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة ، لاتتفق مع الأساس الذي انطلقت منه ، وبنيت عليه ، واعتمدت عليه بشكل رئيسي في معالجة فكرة المنازعة ، وتحليل عناصرها ، ومقومات وجودها .

فمثلا عند استعراض اتجاه فقه القانون الوضعي المقارن الذي مزج بين الإتجاه الشكلي ، والإتجاه الموضوعي في تعريف المنازعة بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة ، والنظر إلى التحليل الذي قدمه للمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة ، وعند العنصر الذي يمثل الركن ، أو الوجه الموضوعي لها - **والذي يتمثل في وجود ادعاءات متقابلة ، ومتعارضة ، يتعلق بمحلها ، سواء بحقوق شخصية ، أو بمراكز قانونية موضوعية** - نجد أن اتجاه فقه القانون الوضعي المقارن الذي مزج بين الإتجاه الشكلي ، والإتجاه الموضوعي في تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة لم يكتف بهذا التحديد ، وإنما تطلب - **للإعتداد بالتعارض القائم بين الإدعاءات** - أن يتخذ شكلا إجرائيا محددا ، وهو شكل المواجهة بين الخصوم ، والذي يتم وفقا لإجراءات الخصومة القضائية ، مما يعد ذلك نفيا للصفة الموضوعية عن هذا العنصر المنسوب إليه بواسطتهم إبتداء . فوجود المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة

وترتيبها لآثارها ، أصبح مرهونا بتوافر هذه العناصر ، والتى تنتمى إلى الضابط الشكلى ، دون أن تكون لها صفة موضوعية مستقلة .

ونتيجة لاختلاف النتائج المستخلصة من تحليل بعض اتجاهات فقه القانون الوضعى المقارن لفكرة المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، وعدم اتساقها مع الأساس الذى انطلقت منه ، وبنيت عليه ، فإننا نميل إلى ترجيح اتجاه فقه القانون الوضعى المقارن القائل بأن المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة تشكل عائقا يثير اضطرابا فى النظام القانونى الوضعى المقارن ، لما يترتب عليها من إعاقة التطبيق التلقائى للقانون الوضعى ، مما يؤدى إلى تحقق شرط التدخل القضائى ، وتثار الحاجة إليه ، لفرض هذا التطبيق جبرا ، حيث أن نصوص القانون الوضعى المقارن ذاتها - **سواء فى مجموعة المرافعات الفرنسية ، أم فى قانون المرافعات المصرى** - تساعد على ترجيح هذا الإتجاه فى تعريف المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة ، حيث يمكن أن يستخلص من نص المادتين (٣١) من مجموعة المرافعات الفرنسية ، (٣) من قانون المرافعات المصرى أن قبول الطلب القضائى ، أو الدعوى القضائية هو أمرا مرهونا بأن يكون لصاحبه فيه مصلحة يقرها القانون الوضعى ، وهذا يقتضى فى الحالات التى يقترن فيها الطلب القضائى بالمنازعة ، أن تدور المنازعة حول الحقوق والمراكز القانونية للأفراد ، والجماعات ، وهو مايحول دون التطبيق التلقائى للقانون الوضعى بشأنها ، فيتولد لأطرافها المصلحة فى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

فالأساس فى الإعتداد بالمنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة هو فى أثرها بالنسبة للنظام القانونى الوضعى ، وهذا العنصر وحده هو الذى يسمح بالتمييز بين طوائف المنازعات بين الأفراد

والجماعات ، ويحدد من بينها تلك التى تصلح لأن تحمل إلى القضاء العام فى الدولة ، وتلك التى يجب أن تجد لها حلولا خارج مجاله .
فكافة المنازعات بين الأفراد ، والجماعات تتضمن تعارضا بين إرادات وادعاءات ، ولكن التزام القضاء العام فى الدولة بنظر المنازعة ، والفصل فيها ، لايوجد إلا فى خصوص المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التى يترتب عليها إعاقة التطبيق التلقائى للقانون الوضعى [1] .

دور المنازعة بصفة عامة ، وفكرتها على الصعيد القانونى بصفة خاصة فى تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :

النظر إلى نظام التحكيم – كوسيلة للفصل فى المنازعات " **المحتملة وغير المحددة ، أو القائمة بالفعل بين الأطراف المحتكمين** " **أطراف الإتفاق على التحكيم ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " بين الأفراد ، والجماعات – بموجبه تحل هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، محل القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد – **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، فى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – فإننا نرى أنه يجب أن يكون المحك الرئيسى فى التعرف على نظام التحكيم هو بتغليب المعايير الموضوعية ، أو المادية **Critiers matriels** ، أى بتغليب المهمة التى يعهد بها إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – والغرض من هذا النظام

---

[1] أنظر : أحمد ماهر زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها – بند ١٥ ص ٢٩ ، ٣٠ .

وليس مجرد الوقوف عند معايير شكلية **Critiers formels** ، أو عضوية **Organique** ، منبتها الحقيقى ، إدعاء احتكار الدولة الحديثة لإقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات ، عن طريق أعوان لها ، يسمون بالقضاة **Juges**

ذلك أن الإعتماد بشكل رئيسى على المعيار الشكلى ، أو العضوى لتمييز العمل القضائى ، لن يفلح فى بيان حقيقة نظام التحكيم ، وطبيعته القانونية ، لما يؤدى إليه ذلك من تجاهل طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - والدور الذى يلعبه فى حماية الحقوق ، والمراكز القانونية التى يفصل فيها . فضلا عن أن كثيرا من الأعمال القضائية ماتصدر فى غير إجراءات الدعوى القضائية [١] .

وبعضا من الأنظمة القانونية الوضعية قد اعترفت لبعض موظفيها العاديين بممارسة الوظيفة القضائية فى بعض المنازعات - **مثل لجان تقدير الضرائب فى القانون الوضعى المصرى ، واللجان الإدارية ذات الإختصاص القضائى ، واللجان العديدة فى النظام القانونى الوضعى السعودى ، والتى تمارس القضاء فى الغالب الأعظم من المنازعات خارج القضاء السعودى " - كهيئات حسم المنازعات التجارية ، ولجان الأوراق التجارية ، ولجان الغش التجارى ، ولجان التموين القضائية ، وغيرها " [٢] .**

---

[١] أنظر : وجدى راغب فهمى - النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - الرسالة المشار إليها - ص ٣١ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ١/٧٧ ص ٢١٩ ومابعدها .

[٢] أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٧٧ ص ٢١٩ .

ففكرة المنازعة **Litige** ، وكيفية الفصل فيها هى التى يجب أن تحدد طبيعة **العمل** الذى تقوم به هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوعَ **الإتفاق على التحكيم** – شرطا كان ، **أم مشارطة** – باعتبارها قاضيا خاصا يختارها **الأطراف** المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لتقول الحق أو حكم القانون الوضعى بينهم .

بحيث تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا** كان ، أم مشارطة – بذلك قضاة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق** على التحكيم " فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم** مشارطة – لأنها تقول القانون الوضعى ، وتفصل فى حقوق ، والتزامات **الأطراف** المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وتصدر أحكامها فى المنازعات موضوع اتفاقات التحكيم ضد أى واحد من الأطراف المحتكمين ، أو ضدهم جميعا [١] .

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – وإن وإن كانت تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، إلا أنها تملك سلطة القضاء التى يملكها القضاة المعينون من قبل الدولة الحديثة ، بخصوص النزاع المعروض على التحكيم للفصل فيه – **دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** .

ذلك أن إقامة العدالة بين الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ليس احتكارا على الدولة الحديثة وحدها . فإذا كان صحيحا أن إقامة العدل بين الأفراد ، والجماعات – **باعتباره وسيلة ضرورية لهيمنة السلام بينهم** – هو

---

(١) أنظر :

P . L . LEGE : L'execution des sentences arbitrales en France . These . Univerisite de Rennes . 1963 . P . 20 et s ; FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris . P . 5 et s .

وراجع فى الفقه الإيطالى المشار إليه فى : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٧٨ ص ٢٢٥ – الهامش رقم (٢) .

وظيفة حيوية من وظائف الدولة الحديثة ، إلا أن هذا العمل لايعتبر على وجه الإطلاق إحتكارا لها ، إذ يستطيع الأفراد ، والجماعات - **وعن طريق اتفاق بينهم** - أن يختاروا هيئة تحكيم مشكلة من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيما نشب بينهم من منازعات " **محتملة ، وغير محددة ، أو قائمة بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " . ومن هنا ، ينبغى عدم الخلط بين القاعدة القانونية الملزمة ، وكيفية تنفيذها .

العلة من تحديد محل التحكيم " النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيها عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه " :

العلة من تحديد النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والمراد الفصل فيها عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل فى موضوعه** - هو الرغبة فى ألا ينزل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن ولاية القضاء العام فى الدولة ، إلا فى نزاع محدد .

ويؤدى تحديد النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، والمراد الفصل فيها عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل فى موضوعه** - إلى تحديد ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل

فيه [1] . ذلك أنه تكون لها ولاية التحكيم فى هذا النزاع فقط - **والمحدد فى الإتفاق على التحكيم** " شرطا كان ، **أم مشارطة** " - **دون غيره** .

يجب بيان موضوع النزاع المحدد ، والقائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، فى مشارطة التحكيم أو - على الأقل - فى أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه :

إذا كان الإتفاق على التحكيم فى صورة مشارطة تحكيم ، فإنه يجب بيان موضوع النزاع المحدد ، والقائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين **" أطراف الإتفاق على التحكيم "** ، فى مشارطة التحكيم ، أو - **على الأقل** - فى أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، حتى يكون النزاع محددا ، وحكم التحكيم الصادر فيه شاملا له - **دون غيره** - فينشأ بذلك التحديد إستعمال الحق المخول فى القانون الوضعى ، وهو طلب بطلان حكم التحكيم الصادر فيه .

ذلك أنه إذا كانت ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إنما تكون قاصرة على النزاع المحدد فى الإتفاق على التحكيم - **دون غيره** - فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه يجب عليها - **وعند فيه** - أن تلتزم بحدود تلك الولاية الإستثنائية لنظام التحكيم . فإن خرجت عليها ، كان حكم التحكيم الصادر منها عندئذ باطلا ، إعمالا لنص المادتين (١٤٨٤/٣) من مجموعة

---

(١) أنظر :

SOLUS (H.) et PERROT (R.) : Droit Judiciaire prive . T. 1 . Paris . Sirey . 1961 . P. 44 .

وقارب : **محمود محمد هاشم** - إستنفاد ولاية المحكمين - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - السنة السادسة ، والعشرون - العددان الأول ، والثانى - ١٩٨٣/١٩٨٤ - ص ص ٥٣ - ١٠٦ .

المرافعات الفرنسية الحالية ، **لأنها فصلت فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان** ، أم مشارطة - **دون أن تلتزم بحدود المهمة التى أسندت إليها** - (٥٣/١ - و) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - **لأنها فصلت فى** مسألة لايشملها الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو جاوزت حدود هذا الإتفاق . وبالتالى ، يمكن معرفة ماإذا كانت قد تجاوزت حدود ولايتها ، أم لا [1] .

فتحديد النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين** " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه والفصل فى موضوعه** - هو مقتضى الرغبة فى ألا ينزل الأطراف **المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم "** عن ولاية القضاء العام فى الدولة ، إلا فى نزاع محدد [2] ، والسماح للقاضى العام فى الدولة المرفوع إليه الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " - **وبطبيعة الحال فى الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة "** - أو الدعوى

---

(١) أنظر : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٣٦٥ ص ٨٣٠ .

(٢) أنظر : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنيـة ، والتجاريـة - ص ٩١٩ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - المرافعات - ص ١٩٥ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٧ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ .

القضائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بتقدير ماإذا كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - قد التزمت بحدود المهمة التحكيمية التي عهد بها إليها ، من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من عدمه . فقد ترى المحكمة المرفوع إليها الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** ، **وبطبيعة الحال في الأنظمة القانونية الوضعية التي تجيز الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة** " - أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - أن هيئة التحكيم التي كلفت بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - قد فصلت فيما لم يطلبه منها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " (١) ، أو أنها قد حكمت بأكثر مما طلبه منها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** .

وإذا كان من الازم عند رفع الدعوى القضائية إلى القاضي العام في الدولة بيان موضوعها بعبارة صريحة ، وواضحة " **المادة (٦٣) من قانون المرافعات المصري الحالي رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨** " ، فإنه يجب - **ومن باب أولى** - مراعاة ذلك في التقاضي أمام غير القضاء العام في الدولة (٢) .

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaires . Joly . Paris . 1990 . N . 144 . P . 119 . Note . 31 .

فالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لايفترض ، وإنما يجب أن تنصرف إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إلى الفصل فى النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين** " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه** - وأن يتضمن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تحديدا للنزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين** " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه والفصل فى موضوعه** [1] ، باعتبار أن حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ينبغى أن يكون شاملا له - **دون غيره** [2] .

---

(٢) أنظر : **أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد** - التنفيذ علما ، وعملا - ص ٦٣٨ ، **عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز** - التعليق على قانون المرافعات - ط٣ - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١١٢٠ .

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٦/٢/١٠ - فى الطعن رقم (١٥٧٩) - لسنة (٤٩) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : **أحمد حسنى** - قضاء النقض البحرى - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٥٥ ص ٨٢ ومابعدها - القاعدة رقم (٣٢) .

(٢) أنظر : **فتحى والى** - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٩ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٨٣ ص ٢٧٧ .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 21 Fev . 1978 . Rev . Arb . 1978 . 472 .

وتحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - يكون أمرا لازما ، **ولو كانت هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فـــى الـــنزاع** موضوع الإتفاق على **التحكيم قد عهد إليها بمهمة التحكيم ، مـــع تفويضـــها** بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

فتفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيـــم** " لايعفيها من احترام موضوع النزاع النزاع " **المحتمل ، وغير المحـــدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيـــم " لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** " ، والمراد الفصل فيه عن طريـــق هيئـــة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمـــة المختصة بتحقيقه ، والفصل فـــى موضوعـــه** - كمـــا حـــدده الأطـــراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى الإتفاق على التحكيم - **شـــرطا كان ، أم مشارطة** (١) .

---

(١) أنظر : محمد كمال أبو الخير - قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم - الطبعة الرابعة - ١٩٥٨ - الناشر محمد خليل بالقاهرة - ص ١٠٤٩ ، صلاح الدين بيومـــى - قواعد قاضى التنفيذ - ١٩٧٤ - مطبعة حسان بالقاهرة - بند ٣٧٥ ص ١٦٢ ، أحمـــد أبـــو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥ ص ، محمود محمد هاشـــم - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بنـــد ٢/٥ ص ١٣٧ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٧ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليـــها - ص ٤٢٨ ، ص ٣٣٣ .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 5 Juin . 1973 . Rev . Arb . 1974 . 11 .

حيث قضى فى هذا الحكم القضائى بأنه : " إذا تحددت مهمة هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى قسمة التركة ، وتعيين نصيب كل وارث على التفصيـــل الـــذى أراده المتوفى ، فلا يحق لها أن تتدخل فى خصوم التركة دينا لصالح شخص أجنبى عـــن التركـــة الـــتى كلفـــت بقسمتها " .

كما أن تفويض الوكيل فى التوكيل الخاص يجيز له تحديد النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه . فيجب أن يتضمن التوكيل الخاص بتفويض الوكيل تحديد هذا النزاع . وإذا لم يتضمن التوكيل الخاص تحديده ، فإن الموكل يكون قد ترك أمر تحديده لتقدير الوكيل ، وفوضه في ذلك (1) .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة إستئناف باريس بأنه : " يتضح من نص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة أن موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يجب أن يكون محددا بدقة فى مشارطة التحكيم وتقتصر سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على الفصل في المنازعات الواردة فى تلك المشارطة . ومن ثم ، لايمكنها الفصل فى منازعات لاحقة ، أو تالية ، حتى ولو كان من المحتمل وقوعها ، طالما أنها لم تكن محلا للإتفاق الصريح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، ولكن من الجائز للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " الإتفاق على منح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة الفصل فى

---

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند (٢٨) م (١) ص ٧١ ، ٧٢ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٣٣/ب ص ٦٧ ومابعدها .

الضمانات الإضافية ، وهذا الإتفاق يشكل من جانبهم مشارطة تحكيم جديدة "(١) .

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " **التحكيم طريقا إستثنائيا لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، فهو يكون مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ، ويجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع ، حتى تتحدد ولاية المحكمين ، ويتسنى رقابة مدى التزامهم حدود ولايتهم** " (٢)

وبمناسبة دعوى قضائية أصلية مبتدأة ، مرفوعة بطلب بطلان مشارطة تحكيم ، على أساس أنها قد تضمنت منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، لتعلقها بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، أو لدخولها فى دائرة الحقوق التى لايجوز التصرف فيها ، قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " **لكى يتسنى لها بسط سلطانها ، لمراقبة ذلك ، يتعين على محكمة الموضوع أن تبين على نحو كاف موضوع النزاع – والواقع فى شأنه التحكيم – حتى يمكن التأكد مما إذا كان موضوع النزاع من نوع**

---

(١) أنظر :

Paris . 30 Mars . 1962 . J . C. P . 1962 . 11 . 12843 .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٢/١/٣ – فى الطعن رقم (١٤٩) – لسنة (١٩) ق . منشورا فى : حسن الفكهانى – الموسوعة – الإصدار المدنى – الجزء الرابع – بند ١٠٥٥ ص ٥٥٠ ، ١٩٧١/٢/١٦– فى الطعن رقم (٢٧٥) – لسنة (٣٦) ق – مجموعة المبادئ – س (٢٢) – ص ١٧٩ ، ١٩٨٨/٣/٣٠– فى الطعن رقم (١٠٥٣) – لسنة (٥١) ق – منشور فى : حسن الفكهانى – الموسوعة – ملحق رقم (٥) – القاعدة رقم (١٢٤٧) – ص ١٠١٨ ، ١٩٨٩/٥/١٨ – فى الطعن رقم (٧٤٠) – لسنة (٥٢) ق – منشور فى المرجع السابق – القاعدة رقم (١٢٤٨) – ص ١٠١٨

الحقوق التى يملك الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم "مطلق التصرف فيها ، فيصح التحكيم بشأنها " [1] .

وفى قضية أخرى لاحقة ، ربطت محكمة النقض المصرية بين ماأوجبته المادة (٨٢٢) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ من اشتراط تضمين الإتفاق على التحكيم تعيينا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، حتى تتحدد ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، ويتسنى رقابة مدى التزامها بحدود ولايتها ، وبين كون التحكيم طريقا إستثنائيا لفض الخصومات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، فهو مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم " [2] .

موقف القانون الوضعى المقارن ، والفقه من تحديد محل التحكيم " النزاع " المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه :

---

(١) أنظر : حكم محكمة النقض المصرية - الدائرة المدنية - الصادر بجلسة ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ - مجموعة محمود عمر - الجزء الخامس - ص ٣٤٣ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٢/١/٣ - مجموعة أحكام السنة الثالثة - ص ٣٢٨ - حكم رقم (٥٧) - المحاماه المصرية - السنة (٣٣) - ص ١٢٢٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثانية - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٥٢٠ .

تحديد محل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إنما يكون بتحديد النزاع " **المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم "** ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - **دون المحكمة المختصة بتحقيقه والفصل في موضوعه** - في الإتفاق على التحكيم ، إما في ورقته ذاتها ، أو أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** .

فقد نصت المادة (١/١٤٤٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية الصادرة بالمرسوم الفرنسي الصادر في الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلي في فرنسا - على أنه :

" يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع وإلا وقعت باطلة " .

في حين كانت تنص المادة (٣/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية** - على أنه :

" يجب أن يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم ، أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمين مفوضين بالصلح ، وإلا كان التحكيم باطلا " .

وتنص المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) **لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية على أنه :**

" ٢ - يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع ، سواء قام مستقلا بذاته ، أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في المادة (٣٠) من هذا القانون . كما يجوز أن يتم

اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا .

٣ - ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد " .

ومفاد النصوص القانونية الوضعية المتقدمة ، أن تحديد محل الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " - والمتمثل فى النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه - يمكن أن يتحقق فى أشكال مختلفة ، وتختلف طريقة تحديده بحسب الصورة التى يتخذها الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

أولا :

تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالنسبة لمشارطة التحكيم :

قد يكون تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم واردا فى وثيقة التحكيم ذاتها - أى مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لمواجهة منازعة قائمة بالفعل بينهم ، وناشئة عن علاقة قانونية محددة ، سواء كانت علاقة عقدية ، أم غير عقدية ، فهى بطبيعتها تتضمن التحكيم فى نزاع معين ، ومحدد بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " . وعندئذ ، يجب أن

تتضمن إبتداء تحديدا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، وإلا كانت باطلة .

فيتحدد موضوع النزاع فى مشارطة التحكيم التى تبرم بعد نشأة النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم بمعرفة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أنفسهم . وعلى هذا ، تنص المادة (١/١٤٤٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والصادرة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - **والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا** - على أنه :

" **يجب أن يحدد الخصوم موضوع النزاع فى مشارطة التحكيم ، وإلا كانت باطلة** " .

كما تنص المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع .... وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم ، وإلا كان الإتفاق باطلا** " .

ثانيا :

تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم بالنسبة لشرط التحكيم (١) :

قد يكون تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم واردا فى شرط للتحكيم ، يكون قد سبق إدراجه فى عقد من العقود - **سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريا ، أو فى طلب التحكيم .**

---

(١) فى بيان كيفية تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالنسبة لشرط التحكيم ، والتطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، أنظر : أحمد شرف الدين - مضمون بنود شرط التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ٢٦ ومابعدها .

فتنص المادة (١٤٤٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" **النزاع يرفع أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه عند نشأته بواسطة المحكمين معا أو بواسطة الخصم صاحب المصلحة في التعجيل برفع الدعوى أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه** " . وهو مايعني ، أن موضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم قد يتحدد بمعرفة خصم واحد ، وهو نفس المعنى الذى نصت عليه المادة (٢/١٠) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، عندما أجازت تحديد موضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم فى بيان الدعوى الذى يجب على المدعى أن يرسله إلى المدعى عليه ، عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم .

على أنه - **وبالنسبة لشرط التحكيم** - يمكن القول بأن المنازعات موضوعه تحدد بأنها الناشئة عن تفسير ، أو تنفيذ عقد معين . ولهذا ، فإنه يعتبر باطلا ، العقد المبرم بين شخصين ، والذى يتفق فيه على عرض أية نزاع ينشأ بينهما فى المستقبل على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيه [1] .

ولايشترط أن يرد تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم فى ذات العقد المتضمن شرط التحكيم ، وإنما يمكن أن يشير هذا العقد إلى عقد ، أو عمل قانونى آخر [2] ، بل من الممكن تحديد محل النزاع بعد ذلك ، أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه [3] .

---

(١) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ١١٢ .

(٢) أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعى - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ .

ذلك أنه وإن كان شرط التحكيم يحصل عند إبرام العقود ، وكان الغرض منـه إخضاع ماينشا عن هذه العقود من منازعات فى المستقبل لنظام لتحكيم ، فإنـه لايتصور أن يتضمن هذا الشرط موضوع نزاع لم ينشأ بالفعل بين الأطـراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

بيد أن شرط التحكيم يجب أن يتضمن بـالضرورة الإلـتزام الأساسـى لأطرافه المحتكمين ، ألا وهو التزامهم بحل المنازعات المستقبلية ، والتـى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى مصدر الرابطـة القانونيـة لنظام لتحكيم . بحيث إذا خلا شرط التحكيم من هذا الإلتزام ، فإنه يكون قـد فقد مغزاه ، لأنه يكون واردا حينئذ على غير محل [1] ، [2] .

---

[3] أنظر : محمد كامل مرسى – شرح القانون المدنى الجديد – العقود المسماه – ١٩٤٨ – المطبعة العالمية بالقاهرة– بند ٢٨٧ ص ٣٩٢ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبـارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٤ ص ٣٥ . فتحى والى – الوسيط فى قانون القضـاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ ، ٩٠٩ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – بند ٣٤ ص ١٩٨ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بنـد ٢/٥٠ص ١٣٧ .

(١) حول ضرورة أن يتضمن شرط التحكيم الإلتزام الأساسى لأطرافه ، بحـل النـزاع المسـتقبلى – والذى يمكن أن ينشأ عن العقد – عن طريق نظام التحكيم ، أنظر :

Dalloz . Nouveau Repertoire De Droit . 1947 . N . 48 et s ; Repertoire De Droit Commercial . Arbitrage commercial . T . 1 . 1972 . N . 2 , 27 , N . 52 et s ; EMILE TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 194 et s ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 11. N . 205 et s ; MOSTEFA – TRARI TANI : De la clause compromissoire . P . 185 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليـها – بنـد ٣٤ ص ١٩٠ ومابعدها .

(٢) حول أمثلة لصياغة شرط التحكيم فى العقود بصفة عامة ، والنص على منح هيئة التحكيم المكلفـة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة نظر أية منازعة يمكن أن تنشأ عن العقـد الـذى يتضمنه ، أنظر : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – المقالة المشـار إليها – بند ١٧ ص ٢٢٠ .

ويمثل هذا الإلتزام الحد الأدنى لمضمون شرط التحكيم ، والـذى إذا تخلـف فقد شرط التحكيم ركن المحل ، والخاص بتحديد النزاع المراد الفصـل فيـه عن طريق نظام التحكيم .

وإن كان يجوز للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إضافـة بيانات أخرى إختيارية ، يتحدد بها مضمون شرط التحكيم .

فيجوز مثلا أن يتضمن شرط التحكيم الإتفاق علـى قصـره علـى بعـض المنازعات المحتملة - **دون غيرها** - أو الإتفاق على الحدود التي تتقيد بـها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عنـد نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو على القواعد ، والإجراءات الواجبـة الإتباع أمامها ، أو تخويلها صفة هيئـة التحكيـم المفوضـة بـالصلح بيـن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو استبعاد أى طريـق من طرق الطعن الجائز ولوجها ضد حكم التحكيـم الصـادر فـى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو الإحتفاظ بحق الطعن فيه أمام درجة أعلى من درجات التقاضى ، بطبيعة الحال فى حدود مايسمح به القانون الوضعـى المقارن (١) ، (٢) .

---

(١) فى بيان تطبيقات عملية لصياغة شروط التحكيم ، والأشكال المختلفة فى مختلـف الإتفاقـات ، فى إطار العلاقات التجارية ، أنظر : أحمد شرف الدين - مضمون بنود التحكيم ، وصياغتـها فى العقـود الدولية - بحث مقدم فى ندوة حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم التجارى بالمنطقة ، بدلا من الإلتجاء إليـه فى دول الغرب ، والذى عقد بالمركز التجارى بالأسكندرية _ فى الفترة من (١٩) إلى (٢١) أكتوبر سنة ١٩٨١ - ص ص ٦ - ٣٠ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٩٢ ومابعدها

(٢) فى استعراض البيانات الإختيارية الأخرى ، والتى يمكن أن يتضمنها شرط التحكيم ، أنظر :

Encyclopédie juridique . Arbitrage . 1955 . N . 130 et s ; EMILE TYAN : Le droit de l'arbitrage . P . 188 et s ; Repertoire De Droit Commercial . T . 1. 1972 . N . 33 et s ; Arbitrage commercial . T . 1 . 1988 . N . 74 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . T . 1 . 1988 . N . 151et s .

وكما يجوز أن يتضمن شرط التحكيم نصا بالفصل فى جميع المنازعات التى يمكن أن تنشأ فى المستقبل عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه بطريق التحكيم ، بدون تحديد مواطن النزاع ، فإنه يجوز كذلك أن يقتصر شرط التحكيم على النص على الفصل فى بعض المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه فى المستقبل ، أى عن جزء فقط من تلك المنازعات المحتملة ، وغير المحددة [١] .

فقد يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " فى شرط التحكيم على أن يكون التحكيم كليا ، أى شاملا لجميع المنازعات المتعلقة بتفسير عقد من العقود ، أو بتنفيذه - سواء كانت ذات طابعا قانونيا ، أم فنيا أم ماليا ، أم اقتصاديا - وقد يكون اتفاقهم على التحكيم جزئيا ، يشتمل على بعض أنواع من المنازعات المتقدمة - كالمنازعات القانونية ، أو المنازعات ذات الطابع الفنى فقط [٢] .

وفى الممارسة العملية ، يجرى تحديد صيغة النزاع المحتمل ، وغير المحدد فى شرط التحكيم بعدة طرق . فقد يطلق عليها اصطلاح نزاع dispute ، أو خلاف differende . وتجرى صياغة شرط التحكيم بطرق مختلفة . فقد ينص - مثلا - على أن التحكيم سوف يشمل كل المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه . أو - فقط - تحديد بعض المنازعات المحتملة ، وغير المحددة التى يمكن أن تنشأ

وانظر أيضا : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٣٤ ص ١٩٩ .

(١) أنظر : حكم محكمة مصر الكلية الأهلية - الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٣٦ - رقم (٧٣) سنة ١٩٣٤ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى مجلة المحاماه المصرية - السنة السادسة عشر - العددان التاسع ، والعاشر - ص ٩٥١ ، ٩٥٢ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٢ ص ٣٢

عنه . بمعنى ، أنه تختلف صياغة شرط التحكيم فى العقود المختلفة ، فيما يتعلق بتحديد نطاق النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والمراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، بحسب ماإذا كان يراد تحديد موضوع مخصوص ليعرض على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية للفصل فيه ، أم أن نية الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد اتجهت إلى بسط شرط التحكيم على كل المنازعات الناشئة عن تفسير العقد ، أو تنفيذه(١) .

والتزام أطراف شرط التحكيم بالفصل فيمايثور بينهم من منازعات فى المستقبل ، محتملة ، وغير محددة عن طريق نظام التحكيم ، يتحدد - **وبطبيعة الحال** - بالمنازعات التى يجوز الفصل فيها بهذا الطريق ، بحيث يكون شرط التحكيم باطلا ، متى تعلق بغير هذه المنازعات .

كما أن اختلاف مضمون الإلتزام الخاص بتحديد المنازعات المراد الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم فى شرط التحكيم عن مشارطته يكون أمرا طبيعيا ، لأن مشارطة التحكيم تقتضى أن تكون المنازعة معلومة ، بخلاف شرط التحكيم ، والذى يتقرر بين أطراف عقد من العقود - **وأيا كانت طبيعته** - أى قبل نشأة النزاع ، فهو - **وبطبيعة الحال** - يواجه منازعات محتملة وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على**

(١) فى دراسة صيغ النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، موضوع شرط التحكيم ، أنظر :
Repertoire De Droit Commercial . Deuxieme edition . 1987 . T. 111 . N . 139 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . 1988 . T . 1 . Arbitrage . N . 150 et s .
وانظر أيضا : رضا محمد إبراهيم عبيد - شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - المقالة المشار إليها - مجلة الدراسات القانونية - كلية الحقوق - جامعة أسيوط - العدد السادس- يولية سنة ١٩٨٤ - بند ٢/١٦ ص ٢١٢ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٩٣ ومابعدها .

التحكيم " فى المستقبل ، عن العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، والـذى يتضمن شرط التحكيم (١) .

فمشارطة التحكيم تختلف عن شرطه ، فى تبيانها بوضوح لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم . أما شرط التحكيم ، فإنـه يـرد على نزاع محتمل ، وغير محدد ، وفيه ينزل الأطراف المحتكمون " **أطـراف الإتفاق على التحكيم** " بالفعل عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، فيمـا لو نشأ نزاعا عن تفسير العقد الأصلى مصدر الرابطـة القانونيـة ، والـذى يتضمن شرط التحكيم ، أو تنفيذه .

بل وفى كثير من الأحيان ، تتم مشارطة التحكيم أثناء نظر الخصومـة أمـام القضاء العام فى الدولة ، ويتفق أطرافها على وقف السير فيها ، عملا بنـص المادة (١٢٨) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقـم (١٣) لسـنة ١٩٦٨ ، حتى يتهيأ لهم الجو الملائم لإتمام عمليـة التحكيـم ، والوصـول لتسوية النزاع بينهم بشكل مناسب .

وفى صدد تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـان** ، أم **مشارطة** - فإنه لايعمل بالضابط المقرر فى قـانون المرافعـات المدنيـة ، والتجارية ، عند خلو صحيفة افتتاح الدعوى القضائية من بيـان موضوعـها وقائعها ، أدلتها ، طلبات المدعى ، وأسانيدها " **المادة (٦٣) مـن قـانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨** " ، وماإذا كان يـترتب البطلان جزاء نقص البيانات المتقدمة ، أم لايترتب ، وإنمـا يكفـى لصحـة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن يذكر فيـه موضـوع

---

(١) أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا - بند ٩٤٤ .

التحكيم بوجه عام ، دون تفصيل أوجه النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم [١] ، [٢] ، [٣] .

ولقد اكتفت أحكام القضاء المقارن بتحديد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم **مشارطة** - تحديدا عاما ، دون تفصيل أوجه النزاع ، كأن يكتفى باتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** "على التحكيم لتصفية حساب بينهم ، أو للفصل في منازعات ناشئة عن تنفيذ عقد إيجار منزل أحدهم ، أو للفصل في المنازعات الناشئة بين الزوجين ، في نظام إشتراك الأموال الذى تم الزواج على أساسه [٤] .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **عقد التحكيم الذى تكلف فيه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالفصل في النزاع**

---

(١) أنظر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائي المدني - ص ١٠٠ ، نبيل إسماعيل عمر - أصول المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٦٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٦٥١ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥ ص ٣٨ .

(٢) في بيان كيفية تحديد النزاع محل الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وفقا لأحكام اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ - والخاصة بالإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - أنظر : سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٨ ومايليه ص ٣٥١ ومابعدها .

(٣) في بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع محل الإتفاق - شرطا كان أم مشارطة - في العلاقات الدولية الخاصة ، أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص - بدون سنة نشر - بدون دار نشر - ص ١٥٠ ومابعدها .

(٤) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : **Le droit Francais de l'arbitrage. N. 143. p. 100.**

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٥ ص ٣٧

القائم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق علـى التحكيـم " بموجـب الدعاوى القضائية القائمة بينهم أمام المحـاكم ، يعتـبر صحيحـا . إذ أن الإشارة إلى تلك الدعاوى القضائية يعتبر تحديدا للنزاع موضـوع الإتفـاق على التحكيم " (١) .

كما قضى بأنه : " يمكن تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم بأيـة عبارة نافية للجهالة " (٢) .

على أنه يجب - وفى كل حالة - تحديد النزاع موضوع الإتفـاق علـى التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بشكل كاف ، ليسمح للقاضى العام فـى الدولة المرفوع إليه الطعن باستئناف حكم التحكيـم الصـادر فـى النـزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كـان ، أم مشـارطة - أو الدعـوى القضائية الأصلية المبتدأة ، المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فـى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـارطة - تقديـر

---

(١) أنظر : حكم محكمة التمييز المدنية اللبنانية - غرفة أولى - - القرار رقم (٣١) - الصـادر فى (٢٦) آذار - سنة ١٩٦٣ - النشرة القضائية (١٩) - ص ١١٤١ . مشارا لهذا الحكم القضـائى فى : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - الإشارة المتقدمة . عكس هذا : حكم محكمـة المنيـا الإبتدائية - الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٩ - المحاماه المصرية - ٣٠ - ٧٨١ - ٣٨١ . حيث قضـى فيه بأنه : " النص فى مشارطة التحكيم - أى وثيقة التحكيم الخاصة - على تحكيـم المحكمـين فى حـل المنازعات التى تنشأ بين الأفراد ، والمرفوع بشأنها قضايا أمام المحاكم ، هو نصا تعميميا - لاتحديـد فيـه ، وغير موضح فيه موضوع المنازعة محل التحكيم بالتصريح ، مما يجعل عملية التحكيم باطلة" . مشارا لهـذا الحكم القضائى فى : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op. cit., N. 144. p. 119. Note. 28.

وانظر أيضا : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ .

ماإذا كانت هيئة التحكيم التى كانت قد كلفت بالفصل فيه ، قد التزمت حـــدود المهمة التى عهد إليها القيام بها ، من عدمه [1] .

نطاق خصومة التحكيم ، والطلبات العارضة [2] :

يجوز للمدعى أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضـــة موجهة إلى المدعى عليه ، وتعرف هذه الطلبات القضائية بالطلبات القضائيـــة الإضافية Demandes additionnelles - سواء ماكان منها لايتطلـــب لقبولها إستئذان المحكمة المرفوعة إليها الدعوى القضائية ، للفصل فيــها " المادة (٤/١٢٤) من قانون المرافعات المصرى " ، أو ماكان منها يتطلـب لقبولها إذنا منها " المادة (٥/١٢٤) من قانون المرافعات المصرى " .

كما يجوز للمدعى عليه أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائيـــة عارضة ، موجهة إلى المدعى فى الدعوى القضائية ، وتعرف هذه الطلبـــات القضائية بدعاوى المدعى عليه ، أو الطلبات القضائية المقابلة Demandes reconventionnelles - سواء ماكان منها لايتطلب لقبولها إذنـــا مـــن المحكمة المرفوعة إليها الدعوى القضائية للفصل فيها " المـــادة (١٢٥)

---

(١) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 102 . ou commercial . Fasc . 210 . N . 13 ; DE BOISSESON et DE JUGLART op . cit . , N . 143 . P . 1980 . Note . 23 ..

(٢) فى بيان النطاق المحدد للطلبات العارضة فى خصومة التحكيم ، أنظر : بشندى عبد العظيــــم - حماية الغير فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعـة القاهرة - سنة ١٩٩٠ - ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، محمد نور عبد الهادى شـحاته - النشـأة الإتفاقيـة لسلطات المحكمين - ص ١٢٣ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢١ ص ٥٧ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٧٩ ومابعدها ص ٢٧٣ ومابعدها .

من قانون المرافعات المصرى ، فى فقراتها الثــلاث " ، أو ماكــان منــها يتطلب لقبولها إذنا منــها " المــادة (١٢٥/٤) مــن قــانون المرافعــات المصرى " .

كما يجوز لكل من المدعى ، والمدعى عليه فى الدعــوى القضائيــة أن يبدى أمام محكمة أول درجة طلبات قضائية عارضة ، موجهة إلــى الغــير ممن لم يختصم أصلا فى الدعوى القضائية . وتسمى هذه الطلبات القضائيــة العارضة – سواء قدمت من المدعى ، أو من المدعى عليه فــى الدعــوى القضائية – " إختصام الغير " ، لأنها تؤدى إلى جعل الغــير خصمــا فــى الدعوى القضائية " المادة (١٧) من قانون المرافعات المصرى " .

كما يجوز للغير أن يبدى أمام محكمــة أول درجــة طلبــات قضائيــة عارضة ، يوجهها إلى المدعى ، والمدعى عليه معــا ، أو إلــى أحدهمــا . وتسمى هذه الطلبات القضائية العارضة : التدخل Intervention ، لأنــه بهذه الطلبات القضائية العارضة يتدخل الغير فى دعوى قضائية منظورة أمـام المحكمة ، ويصبح خصما فيها " المادة (١٢٦) مــن قــانون المرافعــات المصرى " [1] .

وإذا كان هذا هو النطاق المحدد للطلبات القضائية العارضة أمام المحاكم فما هو نطاقها أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علــى

---

(1) فى دراسة أحكام الطلبات القضائية العارضة " أنواعها ، إجراءات تقديمها ، وآثارها " ، أنظر : أحمــد أبو الوفا – المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الرابعــة عشــرة – ١٩٨٦ – منشــأة المعــارف بالأسكندرية – بند ١٧٦ ومايليه ص ١٨٩ ومابعدها ، أحمد السيد صاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٨٧ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ١٣٤ ومايليــه ص ٢١٩ ومابعدها ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ١٧٩ ومايليــه ص ٢٦١ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى – مبادئ الخصومة المدنية – ص ٢٨٠ ومابعدها ، محمــود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – ص ٣٢٤ ومابعدها ، أحمد ماهر زغلول – أصول المرافعــات المدنية ، والتجارية – بند ٣٤٨ ومابعدها ، ص ٦٥٩ ومابعدها .

التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فـــى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعــات بين الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص ؟ .

أولا :

النطاق الموضوعى لخصومة التحكيم ، والطلبات القضائيــة العارضة [1] :

قضت المادة (٢/١٤٦٠) من مجموعة المرافعات الفرنســية الحاليــة بتطبيق المبادئ الأساسية فى التقاضى - والتى وردت فى صدرهــا -- علــى خصومة التحكيم . ومنها ، نص المادة الرابعة مـــن مجموعــة المرافعــات الفرنسية الحالية ، والذى يقرر أنه :

" **موضوع النزاع يتحدد بالطلبات المتبادلة للخصوم ، وأن هذه الطلبات تتحدد فى صحيفة افتتاح الدعوى ، وكذلك بالطلبــات العارضــة إذا كــانت ترتبط بالطلبات الأصلية برابطة كافية** " .

كما أجازت المادة (٢/٣٠) من قانون التحكيـــم رقـــم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - **وبخصوص شــــرط التحكيم** - للمدعى عليه فى الدعوى المنظورة أمام هيئـــة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **وفـــى رده علـــى بيـــان الدعوى المرسل إليه ، طبقا للمادة (٣٠/ ١) من قانون التحكيم المصـــرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة** - أن يضمن مذكرة دفاعه أية طلبات عارضة متصلة بالنزاع موضوع شــرط

---

[1] فى دراسة النطاق الموضوعى لخصومة التحكيم ، أنظر : على بركات - خصومـــة التحكيـــم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٧٦ ومايليه ص ٢٧١ ومابعدها .

التحكيم ، أو أن يتمسك بحق ، يكون ناشئا عنه ، بقصد الدفع بالمقاصة . وله ذلك - ولو فى مرحلة لاحقة فى إجراءات خصومة التحكيم - إذا رأت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن الظروف تبرر التأخير .

كما أجازت المادة (٣٢) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لأطراف الإتفاق على التحكيم تعديل طلباتهم ، أو أوجه دفاعهم ، أو استكمالها ، خلال إجراءات خصومة التحكيم ، مالم تقرر هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عدم قبول ذلك ، منعا من تعطيل الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فإذا كانت القاعدة هى أن سلطة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تنحصر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ويكون حكم التحكيم الصادر منها فيه خارج هذا النطاق باطلا ، فإن على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تمتنع عن قبول أى طلب خارج عن هذا النزاع - سواء كان طلبا أصليا ، أم طلبا عارضا .

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل فى أية مسألة أولية تخرج عن نطاق الإتفاق على التحكيم . كما لايجوز لها تقرير صحة ، أو تزوير سندا من السندات ، وإنما عليها فى حالة إثارة مسألة أولية خارجة عن نطاق ولايتها أو فى حالة الطعن بالتزوير ، أو فى حالة اتخاذ إجراءات جنائية عن التزوير أو عن حادث جنائى آخر ، وقف خصومة التحكيم ، حتى يصدر حكما

قضائيا إنتهائيا من القضاء العام فى الدولة ، صاحب الإختصاص الأصيل بالفصل فيها [1] .

كما أنه لايجوز قبول طلبات عارضة ، مالم تكن هذه الطلبات داخلة فى نطاق ماتفق بصدده على التحكيم ، أى داخلة فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بحيث إذا كانت هذه الطلبات العارضة لاتدخل فى نطاق ماتفق بصدده على التحكيم ، فإنه لايقبل تقديمها أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لأن ولايتها فى الفصل فى المنازعات بين الأفراد ، والجماعات تكون مقصورا بصدد ماتفق بصدده على التحكيم ، بحيث تنعدم ولايتها خارج هذا النطاق [2] .

ومع ذلك ، فإنه يجوز تقديم طلبات عارضة إذا أصبحت داخلة فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، باتفاق لاحق - **صريح ، أو ضمنى** - بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .
فأية طلبات أخرى غير الطلب الأصلى المحدد فى الإتفاق على التحكيم لايمكن قبولها ، إلا إذا وافق عليها جميع الأطراف المحتكمون " **أطراف**

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بن ٨٠ ومايليه ص ١٨٠ ومابعدها ، وجدى راغب فهمى - بحث مقدم فى الدورة التدريبية للتحكيم ، والمنعقدة بكلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩١ - ص ١١ - ١٦ .

(٢) أنظر : رمزى سيف - قواعد تنفيذ لأحكام ، والسندات الرسمية - ص ٦٧ ، محمد كمال أبو الخير - تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام المحاكم - ص ٤٤٦ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ٢٢ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٤ ص ٨ ، بند ٣٠ ص ١٥ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٣ ص ٣٤ ، ٣٥ ، بند ٥٣ ص ١٣٩ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣/٨١ ص ٢٤٤ . فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ١٨٠ ص ٢٦٦ .

الإتفاق على التحكيم " . بمعنى ، أنهم قد أبرموا بشأنها مشارطة تحكيم جديدة ولايهم بعد ذلك أن يكون طلبا إضافيا ، يغير ، أو يعدل من طلبات المدعى الأصلية ، أو طلبا مقابلا ، يريد به المدعى عليه ليس فقط رفض طلبات المدعى ، وإنما الحصول على حق خاص به (١) .

ويمكن استخلاص هذا الإتفاق الضمنى بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " من مناقشة الطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " لموضوع الطلب العارض المقدم من خصمه (٢) .

وبالرغم من ذلك تظل لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة عدم قبول الطلب العارض ، إذا وجدت أن تقديمه غير مناسب ، لتأخره ، بحيث يؤدى إلى عدم تمكنها من الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم فيه . وكذلك ، إذا قدم بعد قفل باب المرافعة فى الدعوى أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم (٣) .

---

(١) أنظر :

Paris . 30 Mars . 1962 . J . C . P . 1962 . 11 . 12843 .

(٢) أنظر :

E . LOQUIN : La competence arbitrale . J . CI . Proc . Civ . Fasc . 1032 . N . 17 , 27 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٧٨٣ ، الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١١ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – الكتاب الأول – إتفاق التحكيم – ١٩٩٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة – بند ٣/٨١ ص ٢٤٤ .

(٣) أنظر :

JEAN – ROBERT : L'arbitrage civile et commercial . Droit interne . Droit international prive . Cinquieme edition . edition Dalloz . N . 334 et s . P . 291 et s ; ERIC – LOQUIN : Juris – Classeur . Procedure Civile . Arbitrage . Fasc .

وفى حالة عدم قبول تدخل الغير ، أو إدخاله فى خصومة التحكيم - لأى سبب كان - فإن خصومة التحكيم تظل بين أطرافها الأصليين ، بينما يتقاضى الغير " مدعيا ، أم مدعى عليه " أمام القضاء العام فى الدولة .

ولكن إذا كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - علاقة قانونية متعددة الأطراف ، وغير قابلة للتجزئة [1] ، فإنه إذا لم يشمل الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أطراف العلاقة جميعا ، ولم يقبل تدخل ، أو إدخال الطرف الذى لم يشمله الإتفاق على التحكيم ، فإنه لامحل لاستمرار خصومة التحكيم ، ويصبح النزاع من اختصاص القضاء العام فى الدولة وحده ، باعتباره الجهة الأصلية ، صاحبة الإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها [2] - إلا ما استثنى بنص قانونى وضعى خاص .

ذلك أن الأصل أنه لاتجوز إحالة قضية مطروحة على هيئة تحكيم مكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة

1032 . N . 1 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit. . N . 146 . P . 120 . Note . 39 .

وانظر أيضا : رمزى سيف - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - ص ٦٧ ، محمد كمال أبو الخير - تقنين المرافعات - ص ٤٤٦ ، وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١١ ، ١٣ ، عزمى عبد الفتاح - الإشارة المتقدمة ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٠٢ ص ٢٩٦ .

[1] فى دراسة النظرية العامة للإرتباط فى الدعاوى القضائية المدنية " معايير الإرتباط ، أنواعه - سواء كان ارتباطا بسيطا ، أم ارتباطا لايقبل التجزئة - وتأثير الإرتباط على قواعد الإختصاص القضائى " ، أنظر : السيد عبد العال تمام - النظرية العامة لارتباط الدعاوى المدنية - ١٩٩١ - دار النهضة العربية بالقاهرة . وبصفة خاصة ، ص ٨٣ ومابعدها .

[2] أنظر : وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ١٨٠ ص ٢٢٦ .

- إلى محكمة عادية ، لارتباطها بدعوى قضائية قائمة أمامها ، لأن في ذلك إخلالا بالإتفاق على التحكيم .

كما لايجوز أن تحال على هيئة تحكيم مكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم دعوى قضائية قائمة أمام المحاكم العادية .

وإنما إذا كان بين الدعويين رباطا قويا لايقبل التجزئة ، وكان حسن سير العدالة يقتضى أن تفصل فيهما هيئة واحدة ، منعا من تناقض الأحكام ، أو تحقيقا للإتساق ، فإنه يكون من الواجب أن تفصل فيهما محكمة واحدة ولايعتد بشرط التحكيم ، أو مشارطته في هذه الحالة ، حيث أنه لايتصور الإحالة لقيام ذات النزاع أمام هيئة التحكيم مكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمحكمة العادية ، أو العكس ، لاختلاف الإجراءات (١) .

---

(١) أنظر :

J . NORMAND : obs . R . T . D . Civ . 1978 . P. 917 , 918 , 920 ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 111 . 1987 . N . 135 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 146 . P . 120 .

وانظر أيضا :

Paris . 19 Oct . 1960 . Dr . Mars . Fr . 1961 . 96 ; Trib . Com . Seine . 28 Juill . 1966 . Dr . Mars . Fr . 1967 . 167 ; Trib . Com . Marseille . 11 Avr.1967 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 3 64 ; Trib . Com . Seine , 10 Janv . 1968 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 688 ; Paris . 5Avr . 1968 . Dr . Mars . Fr . 1968 . 424 ; Paris . 4 Dec . 1973 . Rev . Arb . 1974 . P. 301 ; Aix - en - Provence . 27 Fav . 1978 . Rev . Arb . 1978 . 527 ; Paris . 21 Dec . 1979. Rev . Arb . 1981. 155 ; Paris . 4 Dec . 1981 . Rev . Arb . 1982 . 311 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٥٣ ص ١٣٩ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ٣/٨١ ص ٢٤٤ ، بند ٤١ ص ١١٨ ، عزمى عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتى - ص ١٦٨ .

والظر أيضا : إستئناف مختلط - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ - مجلة التشريع ، والقضاء - ٤٦ - ص ٥٥ ، إستئناف مختلط - ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ - مجلة التشريع ، والقضاء - ٤٧ - ص ١٩٥ . عكس هذا

فالإرتباط بين الدعاوى يلغى أى أثر للإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشارطة** - ويعود الإختصاص بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم - **وفى جميع جوانبه** - للمحاكم العادية ، صاحبة الإختصاص الأصيل بالفصل

J . R . DEVICHI : De l'effectivite de la clause compromissoire en cas de pluralite de defendeurs ou d'appel en garantie dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1981 . P . 29 et s ; Note sous Poitiers . 28 Nov . 1973 et Paris . 4Dec . 1973 . Rev . Arb . 1974 . P . 305 et s Aussi ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 112 . p . 93 et p . 94 et N . 116 . P . 96 .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 28 Oct . 1929 . D . 1931 . 29 ; Cass . Civ . 3 Mai . 1957 . D . 1958 .167 ; Cass . Com . 15 Juill . 1975 . Rev . Crit . Dr . Int . Pr . 1976 . 132 ; Cass . Civ . 2Dec . 1970 . Rev . Arb . . 409 ; Cass . Com . 8Nov . 1982 . Rev . Arb . 1983 . 177 ; Paris . 13 Mai . Rev . Arb . 1984 . 115 .

حيث يرى هذا الجانب من فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن أن الإتفاق علـــى التحكيـــم - شرطا كان ، أم مشارطة - تبقى له قوته الملزمة ، وتبقى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم مختصة بنظره . وقارب : **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٧٦ ص ٣٧١ . حيث يرى سيادته أن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - يجـب أن ينتج كافة آثاره القانونية ، إلى أن يثبت بالدليل القاطع إستحالة نظر النزاع عن طريق جـــهتى قضـاء مختلفتين ، لأنه يصعب التسليم بوجود عدم قابلية للإنقسام قبل بداية نظـر النـزاع . وأن ادعـاء أحـد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " بذلك أمام القضاء العام فى الدولة ، أو أمـــام هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايكفى لمحو آثار الإتفاق على التحكيـــم . ويمكن للطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " الراغب فى عرض النزاع موضوع الإتفـــاق على التحكيم برمته على القضاء العام فى الدولة أن يبدى دفعا بذلك أمام هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى تملك سلطة تقديرية كبيرة فى الرد على هذا الدفع . فـإذا تبين لها قابلية النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للإنقسام - رغم الإرتباط - فإنه يحق لهـا أن ترفـض الدفع ، وتشرع فى نظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . أما إذا تبين لها جدية الدفع ، وعدم قابليـة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للإنقسام ، فإنه يحق لها أن تصدر حكما بإنهاء إجـــراءات خصومـة التحكيم ، لاستحالة السير فيها ، لارتباط النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنزاع قائم أمام القضـــاء العام فى الدولة . فى دراسة اختلاف فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن . وبصفة خاصـــة ، فى فرنسا ، حول مدى القوة الملزمة للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عند ارتباط النـزاع الوارد فيه بنزاع آخر ، يكون قائما أمام القضاء العام فى الدولة ، أنظر : **علـــى بركـــات** - خصومـة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٧٣ ومايليه ص ٣٦٧ ومابعدها .

فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعـــات - وأيـا كـان موضوعـــها - إلا ماأستثنى بنص قانونى وضعى خاص . ويحق لكل طرف محتكـم " **الطـرف فى الإتفاق على التحكيم** " صاحب مصلحة أن يدفع بارتباط الدعاوى .

ثانيا :

النطاق الشخصى لخصومة التحكيم ، والطلبـــات القضائيــة العارضة (١) :

إتفاق التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " - **كقاعدة** - لايلزم إلا أطرافه الذين أبرموه ، بحيث لايخضع لولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النـزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **والذى ينشأ بمقتضى هذا الإتفاق** - من ليس طرفا فيه . ومن ثم ، لايستفيد من هذا الإتفاق إلا أطرافه ، ولايضـــار منـــه غيرهم ، ولايملك التمسك ببطلانه غيرهم أيضا (٢) .

على أن المفهوم القانونى لتعبير الطرف فى الإتفاق علـــى التحكيـــم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يتسع ليشمل الخلف العام ، والخلف الخـــاص - **كالورثة ، والمحال إليه .**

---

(١) فى دراسة النطاق الشخصى لخصومة التحكيم ، والطلبات القضائية العارضة ، أنظر : **على بركـات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٩٩ ومابعده ص ٢٩٤ ومابعدها .

(٢) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٥٤ ص ١٣٩ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بنـــد ٦٧ ص ١٩٩ ، **سامية راشد** - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٤ ص ٣٣٦ ، **مختار أحمد بريـرى** - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٤ ص ٥١ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليـــها - بند ٢٩٩ ص ٢٩٤ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - ١٩٦٦/١/١١ - فى الطعن رقـم (٢٨٩) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبادئ - س (١٧) - ص ٦٥ ، ١٩٧١/١/٢٠ - فى الطعـــن رقـــم (٥١٠) - لسنة (٣٥) ق - مجموعة المبادئ - س (٢١) - ص ١٤٦ .

فورثة التاجر الذى كان قد أبرم الإتفاق - **شرطا كان ، أم مشارطة** - على التحكيم يلتزمون بهذا الإتفاق . كما يمكنهم التمسك به تجاه الأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم .

والشركة التى آلت إليها الذمة المالية لشركة أخرى - **نتيجة للإندماج** - تنصرف إليها آثار اتفاقات التحكيم التى أبرمتها - **ومن قبل** - الشركة التى زالت من الوجود القانونى بالإندماج [1] .

كما تعد اتفاقات التحكيم التى تبرمها شركة التضامن ملزمة لكل الشركاء بأسمائهم ، بحيث تباشر إجراءات التحكيم ضدهم مجتمعين ، أو ضد أحدهم . كما يمكنهم اتخاذ إجراءات التحكيم ضد الطرف الذى كان يتضمن تعاقده مع الشركة إتفاقا على التحكيم [2] .

كما لايجوز التدخل الإختيارى للغير - **أى من لم يكن طرفا فى الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة "** - فى خصومة التحكيم ، سواء كان التدخل أصليا ، أم انضماميا لأحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [3] ، [4] .

---

(١) أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٨٤ ص ٣٣٦ .

(٢) أنظر : سامية راشد - الإشارة المتقدمة . ومن التطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٢/٢٥ - فى الطعن رقم (٦٠) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبادئ - س (١٦) - ص ٢٢٠ ، ١٩٦٥/٥/١٧ - فى الطعن رقم (٤٠٦) - لسنة (٣٠) ق - مجموعة المبادئ - - س (١٦) - ص ٧٧٨ ، ١٩٦٧/٢/٧ - فى الطعن رقم (١٣٥) - لسنة (٣٣) ق - مجموعة المبادئ - س (١٨) - ص ٣٠٠٠ ، ١٩٧٠/٤/١٤ - فى الطعن رقم (٥١) - لسنة (٣٦) ق - مجموعة المبادئ - س (٢١) - ص ٥٩٨ .

(٣) أنظر : عزمى عبد الفتاح - التحكيم فى القانون الكويتى - ص ٢٧٢ .

ولاتملك هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - سلطة الأمر بادخال الغير فى خصومة التحكيم - **والتى يخولها القانون الوضعى المقارن للمحكمة العادية** [1] - وذلك كله مالم يوافق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالإجماع على تدخل الغير ، أو إدخاله فى خصومة التحكيم [2] .

فلايجوز إجبار الغير على أن يصبح طرفا فى خصومة التحكيم . ولذا ، تلزم موافقته على هذا الإدخال ، وموافقة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . وعندئذ ، يكون للمتدخل ، أو للمدخل فى خصومة التحكيم ماللطرف فى خصومة التحكيم من حقوق ، وعليه ماعليه من

---

(٤) فى دراسة أحكام التدخل فى الخصومة المدنية ، أنظر : أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ١٨١ ومايليه ص ٢٠١ ومابعدها ، محمد محمود إبراهيم - النظرية العامة للطلبات العارضة - ١٩٨٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٥٥ ومابعدها ، صلاح أحمد عبد الصادق أحمد - نظرية الخصم العارض فى قانون المرافعات - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية لحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٨٦ . وبصفة خاصة ، ص ١٨٢ ومابعدها .

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 147 . P. 122 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٠ - ص ١١٢٠ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٥٣ ص ١٣٩ ، وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢ ، عزمى عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتى - ص ٢٧٣ ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٣٠١ ص ٣٩٦ .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١٢ .

التزامات . كما يحتج عليه بحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وللقواعد العامة .

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه إذا أراد شخص ليس طرفا فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، ام مشارطة** - أن يتدخل تدخلا هجوميا فى خصومة التحكيم - أى **للمطالبة بحق ذاتى لنفسه أثناء سيرها** - فإن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " يملكون الحق فى الإعتراض على هذا التدخل .

وإذا تدخل شخص منضما لأحد الأطراف المحتكمين " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** "، فإنه يجوز للأطراف الآخرين فى الإتفاق على التحكيم أن يعترضوا على ذلك ، لنفس العلة [١] .

---

(١) أنظر : **عزمى عبد الفتاح** - الإشارة المتقدمة .

الفرع الثانى

تفسير القضاء العام فى الدولة

لمحل التحكيم " النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، أو القائم بالفعل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل فى موضوعه " موضوع الإتفاق على التحكيم " [1]

فكرة عامة عن تفسير العقود بصفة عامة :

لتحديد مضمون أى عقد ، يلزم أن نعرف معنى العبارات التى يتضمنها . وقد تكون هذه العبارات ، أو بعضها غامضة . وعندئذ ، يلزم التفسير لاستجلاء المعنى .

---

(1) فى تفسير القضاء العام فى الدولة لمحل التحكيم " النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - " ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٢٢ ومايليه ص ٦٣ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٢ ومابعدها .

واستخلاص معنى العقد إنما يكون بتحديد ماقصدته الإرادة المشتركة لعاقديه فما ترتضيه إرادة أحد الطرفين وحدها ، لايعتبر من أحكام العقد .

والإرادة المشتركة لطرفى العقد أمرا معنويا ، ولكنه يستخلص أساسا من عبارة العقد ، فضلا عن الظروف ، والملابسات التى تكتنف إبرامه .

وعبارة العقد من حيث أنها تتضمن الإرادة المشتركة لطرفيه ، ومن ثم المعنى المقصود من العقد ، تتخذ إحدى صورتين أساسيتين :

الصورة الأولى :

إذا كانت عبارة العقد واضحة الدلالة :

عبارة العقد إما أن تجئ واضحة فى الدلالة على ماقصدته منها الإرادة المشتركة لعاقديه . وعندئذ ، ماكانت فى حاجة إلى تفسير ، ووجب على القاضى العام فى الدولة - كأصل عام - أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها دون أن ينحرف عنه . فقد نصت المادة (١/١٥) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ١ - إذا كانت عبارة العقد واضحة فلايجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

والصورة الثانية :

إذا كانت عبارة العقد غامضة :

قد تجئ عبارة العقد متسمة بالغموض فى دلالتها على ماقصدته منها الإرادة المشتركة لعاقديه . وعندئذ ، إن كان من الممكن تأويلها على أكثر من معنى ، تعين الإلتجاء إلى التفسير ، لاستجلاء غموضها ، وتحديد حقيقة المقصود من دلالتها .

دور القاضى العام فى الدولة فى تفسير العقود بصفة عامة :

تفسير العقد يناط أصلا بالقاضى العام فى الدولة ، وهو حينما يفسر العقد ، يستهدف البحث عما قصدته الإرادة المشتركة لطرفيه [1] . وهو يتقصى هذه الإرادة المشتركة فى العقد ، من مجموع وقائعه ، وظروف إبرامه ، دون الوقوف عند مجرد معانى ألفاظه ، أو عباراته ، ومع الإستهداء بطبيعة التعامل ، والغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصداه والعادات الجارية ، ومايبنغى أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل . وقد نصت المادة (٢/١٥) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ٢ - أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الإستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة ، وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى للمعاملات " .

ماينبغى على القاضى العام فى الدولة مراعاته عند تفسير العقود بصفة عامة :

على القاضى العام فى الدولة - **وهو فى سبيل البحث عن قصد المتعاقدين المشترك ، من خلال تفسيره لعبارات العقد الغامضة** - أن يدخل فى اعتباره مجموع وقائع العقد ، مجموع عباراته ، وشروطه ، أو بنوده [2] كما ينبغى عليه أيضا - **وهو فى مجال التفسير** - ألا يقف بالضرورة عند

---

[1] فى بيان أحكام تفسير العقود بصفة عامة ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - دراسة مقارنة - بند ٢٦٥ ومايليه ص ٥٢٢ ومابعدها ، عبد الحكيم فودة - تفسير العقد فى القانون المصرى ، والمقارن - الطبعة الأولى - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية . وبصفة خاصة ، ص ٩٦ ومابعدها .

[2] أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٥ ص ٥٢٣ .

المعنى الحرفى لألفاظ العقد ، وعباراته . فالعبرة فى العقود – كما فى غيرها – بالمقاصد ، والمعانى ، وليس بالألفاظ ، والمبانى .

ثم إن على القاضى العام فى الدولة أن يستهدى فى تفسير العقد بطبيعة التعامل ، ومابنبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة ، وثقة ، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .

والتفسير لدى القاضى العام فى الدولة ليس غاية فى ذاته ، بل هو وسيلة للفصل فى الحالة المعروضة عليه ، وهو لذلك يتأثر بالنتائج العملية التى يؤدى إليها تطبيق الرأى الذى يهم باعتماده فى الحالات الواقعية .

وقد يقتضى تعيين موضوع العقد تفسيره ، ويتولى القاضى العام فى الدولة تفسير العقد ، ليصل إلى تحديد الإلتزامات التى أنشأها ذلك العقد ، عن طريق الكشف عن إرادة المتعاقدين ، وتطبيق نصوص القانون الوضعى [1] ، ووسيلة القاضى العام فى الدولة فى ذلك تكون محددة بنصوص القانون الوضعى [2] ، [3] .

وهذه هى بعض الصور التى حرصت الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها – على أن توجه نظر القاضى العام فى الدولة

---

(1) أنظر : محمود جمال الدين زكى – النظرية العامة فى الإلتزامات فى القانون المدنى المصرى – القاهرة – ١٩٨٧ – ص ٣١٢ .

(٢) أنظر : محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات – ص ٤٤٦ ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – الرسالة المشار إليها – ص ٢٠٨ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – ص ١١٢٠ .

(٣) أنظر :

ERIC – LOQUIN : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1032 . ou commercial . Fasc . 215 . N . 15 .

وانظر أيضا : فتحى والى – قانون القضاء المدنى اللبنانى – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى – ١٩٧٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٧٢ ص ١٢٦ .

إليها ، ليستهدى بها ، وهو بصدد تفسير العقد . على أن هذه الأمور لاتعدوا أن تكون مجرد إرشادات تقدم للقاضى العام فى الدولة ، لمساعدته فى تفسير العقود بصفة عامة ، وهى من بعد ليست كل الإرشادات التى يمكن للقاضى العام فى الدولة أن يستعين بها . والأنظمة القانونية الوضعية - وعلى **اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - إذ تقدم للقاضى العام فى الدولة إرشاداتها لم تغفل عن أن تفسير العقود بصفة عامة فى النهاية ، فن ، ذوق ، كياسة وخبرة [1] .

وتفسير العقود بصفة عامة - **وباعتبار أنه يقوم على استخلاص الإرادة المشتركة لعاقديه** - يتمثل أمرا من أمور الواقع . ومن ثم ، **فهو يدخل فى** سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، دون أن يكون عليه فى ذلك معقبا من محكمة النقض ، طالما كان من شأن عبارة العقد أن تحمله [2] .

تطبيق قواعد تفسير العقود بصفة عامة على اتفاقات التحكيم - شروطا كانت ، أم مشارطات :

التحكيم هو طريقا إستثنائيا للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، تستمد فيه **هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ولايتها فى الفصل فيما قضت فيه من إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ولما كان الأصل فى التقاضى أن يكون أمام المحاكم التى نظمتها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - وفرضت ولايتها على الأفراد ، والجماعات داخل الدولة الحديثة ، وكان نظام التحكيم إستثناء من هذا الأصل العام فى التقاضى ، وخروجا على طرق التقاضى العادية

---

[1] أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٥ ص ٥٤٢ .

[2] أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى - نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - بند ٢٦٧ ص ٥٣٠ .

فإنه ينبنى على ذلك ، أن ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة - تقتصر على** ماانصرفت إرادة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إلى عرضه عليها ، للفصل فيه ، بدلا **من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة** . ولايجوز التوسع فى تحديد هذه الولاية - **شأنها فى ذلك شأن كل استثناء على القواعد العامة ، وكل خروج على الأوضاع العادية** . ومن ثم ، لايكون لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة إلا فى نظر النزاع الناشئ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم أو ذلك النزاع المحدد فى مشارطة التحكيم ، بحيث إذا ثار النزاع بين أطراف الإتفاق على التحكيم حول أمر لايدخل فى نطاقه ، وجب طرحه على المحاكم العادية .

ولاتملك هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الفصل فيما لم يقبل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " صراحة ، أو ضمنا تحكيمها فيه - **كما إذا طرح أحدهم النزاع عليها ، وصدر من الأطراف المحتكمين الآخرين مايفيد قبولهم التحكيم فى شأنه** " **القبول الضمنى بنظام التحكيم** " - بحيث لايجوز قبول أية نزاع أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مالم يكن من بين مايدخل فى نطاق مااتفق بصدده على التحكيم ، أى يكون داخلا فى نطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو أصبحت كذلك ، باتفاق لاحق - **صريحا ، أو ضمنيا** - بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وما ذلك إلا تطبيقا لانحصار ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم

فى النزاع محل التحكيم - **شرطا ، كان أم مشارطة** - بحيث يكون حكم التحكيم الصادر منها خارج هذا النطاق باطلا [1] .

وعلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الإلتزام بنطاق النزاع محل التحكيم ، سواء كانت محكمة بالقضاء " **تحكيما عاديا** " ، أم كانت محكمة ، مع التفويض بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

ذلك أن هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم " - شأنها شأن هيئة التحكيم فى نظام التحكيم بالقضاء " التحكيم العادى "** - تلتزم - وهى بصدد الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بنطاقه - **كما حدده الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم "** ، بموجب الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وعليها الإلتزام بحدود هذا النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ولايجوز لها أن تتعداه بالفصل فى نزاع أخرى غير معروض عليها من قبل

---

(1) فى بيان أحكام الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، والمرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى حالة خروج هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه على حدود الإتفاق على التحكيم " المواد (١٠٢٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، (٣/١٤٨٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والصادرة بالمرسوم الفرنسى الصادر فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ١٩٨٠ - والخاص بتعديل نصوص التحكيم الداخلى فى فرنسا ، (١/٥١٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨- والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، (١/٥٣/و) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " ، أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٣٢٧ ومابعدها ، محمد نور عبد الهادى شحاته - الرقابة على أعمال المحكمين - ص ٣١٩ ومابعدها ، على سالم إبراهيم - ولاية القضاء على التحكيم - الرسالة المشار إليها - ص ٣٥٧ ومابعدها .

الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، بحيث تتحدد ولايتها بحدود النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [1] .

وعلى القاضي العام في الدولة أن يتحقق من تطابق إرادات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " في شأن النزاع المعروض على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه . وخاصة ، إذا كانت إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **والمعبر عنها في اتفاقهم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم** - واضحة في قصر ولاية هيئة التحكيم على منازعات معينة ، دون غيرها .

ويجب أن تفسر إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عندئذ تفسيرا ضيقا ، لأن حكم التحكيم يجب أن يكون شاملا فقط للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ولايمتد إلى سواه [2] .

كما يجب على القاضي العام في الدولة أن يلتزم كامل الحيطة ، والحذر عند تفسير الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فلايعمل على

---

(١) أنظر :

BARBERY : L'arbitrage dans les societes de commerce. Rev. Arb.. P. 151 et s; **ERIC – LOQUIN** : Juris – Classeur. Procedure Civile. Fasc. 1038. N. 96; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op. cit., N. 40.

[2] أنظر : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ في المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٣٦٥ ص ٩٩٩ ، رمزي سيف - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - بند ٨٣ ص ٧٢ ، فتحي والي - مبادئ قانون القضاء المدني - بند ٤١٠ ص ٧١٧ ، ٧١٨ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٨ ، أحمد محمد مليجي موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائي - ص ٢٠٩ ، حسني المصري - شرط التحكيم التجاري - المقالة المشار إليها - بند ١٢ ص ٥٥ ، عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ص ١١٢٠ .

توسع فى تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] ، ليتمكن من التعرف على القصد الحقيقى لأطراف الإتفاق على التحكيم ، والتأكد مما إذا كانت إراداتهم قد اتجهت بالفعل - وبغير لبس ، أو غموض - للإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم " المحتملة ، وغير المحددة ، أو القائمة بالفعل بينهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم " ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

فعلى القاضى العام فى الدولة - وإعمالا للقواعد العامة فى التفسير - الإلتزام بمبدأ التفسير الضيق ، عندما يريد تحديد نطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، ام مشارطة - فلا يجوز التوسع فيه ، لما يتسم به نظام التحكيم من طبيعة إستثنائية .

فإذا كان الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - يتضمن خروجا على الطريق الأصلى للفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الأفراد والجماعات فى العقود - وهو القضاء العام فى الدولة - فإنه يجب أن ينصرف شرط التحكيم إلى النزاع المنصوص عليه فيه ، أو فى العقد الأصلى الذى يتضمنه . فإذا ورد بشرط التحكيم أن كل المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد تحال إلى التحكيم ، فإن ذلك يعنى أن اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم إنما ينحصر فيما ينشأ بين الأطراف ذوى الشأن من منازعات متعلقة بتنفيذ العقد . أما غير ذلك من المنازعات ، فلاتدخل فى اختصاصها .

وذات الحل ينطبق بالنسبة لمشارطة التحكيم . بمعنى ، أنه يجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تلتزم بحدود النزاع المتفق على تحكيمها فيه ، بواسطة أطراف الإتفاق على

---

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٢٨ .

التحكيم ، ولايجوز عندئذ إطلاق القول بأن قاضى الأصل ، هو قاضى الفـ... لأن التحكيم هو طريقا إستثنائيا للفصل فى المنازعات بين الأفراد والجماعات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات ، فهو يكون مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم " إلى عرضه على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة** (١) .

وتطبيقا لضرورة التفسير الضيق لنطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فقد قضى بأنه : " **إذا انصب الإتفاق على التحكيم على تفسير عقد من العقود ، فلا ينصرف ذلك إلى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تنفيذ العقد** " (٢) .

كما قضى بأنه : " **إذا نص فى شرط التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالمنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد ، فإنها لاتستطيع أن تفصل فى المنازعات الناشئة عن تفسيره ، وإنما يختص بها القاضى العام فى الدولة - باعتباره صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد والجماعات - وأيا كان موضوعها ، إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص**

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٨/٢/١٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة (٢٩) ق - الطعن رقم (٥٢١) - السنة (٤٤) ق - ص ٤٧٢ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : محمد محمود إبراهيم / مصطفى كيرة - أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٨٥٠ .

(٢) أنظر : حكم محكمة مصر الكلية - الصادر فى ١٩٣٠/٣/٩ - المحاماه المصرية - س (١٢) - رقم (٢٢٤) - ص ٤٤٧ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ - فى الطعن رقم (٤٠٦) - لسنة (٣٠) ق - ص ٧٧٨ ، مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد حـ...ـنى - قضاء النقض البحرى - ص ٦٩ - القاعدة رقم (٤٣٠) .

– لخروجها عن نطاق شرط التحكيم ، فضلا عن أن هدف تفسير أى عقد من العقود ، هو الوصول إلى القصد الحقيقى للمتعاقدين . بينما تنفيذه هو أثرا للإلتزام . إذ يترتب على الإلتزام تنفيذه ، فإذا لم ينفذ التزامه اختيارا جاز إجباره عليه ، إعمالا للنص المادة (١٩٩) من القانون المدنى المصرى . ولكن إذا وجد نصا صريحا فى شرط التحكيم ، أو جاء شرط التحكيم عاما ، فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تختص عندئذ بتفسير شروط العقد " [١] .

وإذا اتفق الأطراف ذوو الشأن على التحكيم – بموجب شرط للتحكيم – للفصل فى المنازعات الناشئة عن تنفيذ ، أو تفسير عقد معين ، فلايجوز أن

---

(١) أنظر :

ERIC – LOQUIN : op . cit . , N . 72 .

والظر أيضا : محمد كمال أبو الخير – قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم – الطبعة الرابعة – ١٩٥٨ – الناشر محمد خليل بالقاهر – ص ١٠٤٩ ، أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٧٨٣ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٢ ص ٣٢ ، فتحى والى – قانون القضاء المدنى اللبنانى – بند ٧٢ ص ١٢٦ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – طبعة نادى القضاة بالقاهرة – ص ١١٢٠ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٦٢ ص ١٨٨ . عكس هذا : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – البحث المشار إليه – بند ١٧ ص ٢٢٠ . حيث يرى سيادته أن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة تفسير الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – لتحديد نطاق سلطتها ، على أن يبقى تفسيرها خاضعا لرقابة القضاء العام فى الدولة ، تأسيسا على جواز أن يدرج شرط التحكيم فى عقد معين ، فيشمل كافة مانيشأ عن هذا العقد من منازعات – وأيا كان نوع هذه المنازعات ، سواء كانت خلافا حول تفسير بنود نصوص العقد ، أو كانت جزاء يطالب به أحد أطراف العقد بتعويضه ، نتيجة إخلال الأطراف الآخرين فيه بتنفيذ التزاماتهم الناشئة عنه . فضلا عن أن التفسير ماهو إلا الإستدلال على الحكم القانونى ، وعلى الحالة النموذجية التى وضع لها هذا الحكم .

تطرح على التحكيم منازعات ناشئة بينهم عن تنفيذ ، أو تفسير عقد آخر (١) .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على ألا يخضع للتحكيم إلا المنازعات المتعلقة بعقد شركة قائمة بينهم ، والتى تحدث بين الشركاء أنفسهم ، أو بين هؤلاء ، وبين مجلس إدارتها ، فإن المنازعة التى تحدث بين الشركة نفسها – **كشخص معنوى** – وبين مديرها السابق لاتدخل ضمن اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم (٢) .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على التحكيم فى شأن النزاع الذى ينشأ من تنفيذ عقد معين ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل فى نزاع آخر ، يكون مرتبطا به ، ولو كان بين نفس أطراف العقد الذى تضمن شرط التحكيم بينهم (٣) .

وإذا كان الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد حددوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم عناصر الخطأ الذى ارتكبه أحدهم فى علاقته بالأطراف الآخرين ، وطلبوا من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل

---

(١) أنظر :

ERIC – LOQUIN : op . cit ., N . 15 .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٦/١/١٦ – السنة (٢٧) ق – ص ١٣٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – طبعة نادى القضاة بالقاهرة – ص ١١٢٤ .

(٢) أنظر :

Cass . Com . 6 Mars . 1956 . J . C . P . 1956 . 11 . 9373 .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ١٢ .

فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تقدير التعويض المناسب عن هذه العناصر ، فإنه لايحق عندئذ لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الحكم بالتعويض عن عناصر أخرى ، غير تلك الواردة على سبيل الحصر فى الإتفاق على التحكيم [١] .

وإذا كان شرط التحكيم ينص على الفصل فى المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين ، أو عدم تنفيذ مايتضمنه ، عن طريق نظام التحكيم ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الحكم ببطلان هذا العقد ، وإلا كان هذا الحكم الصادر منها عندئذ باطلا [٢] .

ويكون حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باطلا ، إذا صدر ببطلان عقد بيع ، فى حين كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - وكما تحدد فى مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - هو تفسير شروط هذا العقد [٣] .

وإذا كان الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " قد حددوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم موضوع النزاع القائم بينهم ، بشأن تنفيذ عقد مقاولة ، ونصوا على تحكيم هيئة تحكيم ، لحسم هذا النزاع وحددوا مأموريتها بمعاينة الأعمال التى قام بها المقاول ، لمعرفة مدى

---

(١) أنظر :

Rennes . 25 Av . 1932 . Rec . 1932 . 439 .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٣٣ .

(٣) أنظر :

Cass . Com . 28 Janv . 1958 . Rev . Arb . 1958 . 17 ; Paris . 21 Dec . 1964 . Gaz . Pal . 1965 . 1 . 274 ; Paris . 25 Janv . 1972 . Rev . Arb . 1973 . 158 .

مطابقتها للمواصفات ، والأصول الفنية ، من عدمه ، وتقدير قيمة الصحيح من الأعمال . كما نصوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم على تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الحكم ، والصلح بينهم ، وكان ذلك التفويض بصفة عامة ، لاتخصيص فيه فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إذا أصدرت حكم التحكيم فى النزاع القائم بينهم ، وحددت فى منطوقه مايستحقه المقاول عن الأعمال التى قام بها جميعها ، حتى تاريخ الحكم الصادر بمبلغ معين ، فإنها لاتكون قد خرجت عن حدود مشارطة التحكيم ، أو قضت بغير ماطلبه الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " منها [١] .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " فى شرط التحكيم المدرج فى عقد معين ، على أن يتم الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى المنازعات الناشئة عن تفسيره ، وتنفيذه ، فإن الطلب العارض الذى يقصد به طلب التعويض المؤسس على الضرر الذى أصاب أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، لسبب خارجى عن هذا العقد ، لايمكن قبوله أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٢] .

وإذا اتفق على التحكيم فى شأن قسمة مؤقتة عرفية ، فإنه لايجوز أن يمتد حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى مايتعلق بالقسمة النهائية .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٤٤/٥/١١ – مجموعة القواعد القانونية – ٤ – ص ٣٦٣ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٧٦ ص ١٨١ .

(٢) أنظر :

Cass . Civ . 16 Juin . 1976 . Rev . Arb . 1977 . 269 . 2e espace .

وإذا اتفق على التحكيم فى شأن حيازة أرض ، فإنه لايجوز أن يمتد حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى مايتعلق بملكية هذه الأرض [١] .

ويقع باطلا حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى فصل فى ملكية عقار ، فى حين كان موضوع النزاع كما تحدد فى الإتفاق على التحكيم هو تعيين حدود هذا العقار [٢] .

وإذا تبين من الحكم المطعون فيه أن النزاع قد ثار فى الدعوى حول ماإذا كان المطعون عليه مهندسا ، يستحق باقى أتعابه المتفق عليها ، ولم يحصل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " خلافا حول تفسير أى نص من نصوص العقد ، أو إقرار المطعون عليه الذى وافق بمقتضاه على أن يتم صرف باقى مستحقاته عند البدء فى تنفيذ المشروع وإنما تنكر عليه الشركة - الطاعنة - إستحقاقه الأتعاب ، إستنادا إلى أنه لم يقم بتنفيذ كافة التزامته الناشئة عن العقد ، وهى مسألة لاشأن لها بتفسيره وهو الموضوع الذى اقتصر الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على عرض النزاع الذى يثور بشأنه على التحكيم . لما كان ذلك

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٥٢/١/٣ - المحاماه المصرية - س (٣٣) - العدد (٨) - ص ١١٢٩ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٤ ص ٨ . عكس هذا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٣ ص ٣٣ .

(٢) أنظر :

Cass . Civ . 9 Fev . 1955 . Rev . Arb . 1955 . 60 .

فإن الإختصاص ينعقد فى الدعوى القضائي للقضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة بالفصل فى المنازعة (١) .

وإذا كان موضوع شرط التحكيم المدرج فى عقد بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو حسم المنازعات الناشئة عن تنفيذه ، فإن هذا يشمل الطلبات المترتبة على عدم تنفيذه – **كطلب التعويض والفوائد ، والفسخ** .... إلخ (٢) ، (٣) .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ – فى الطعن رقم (٤٠٦) – لسنة (٣٠) ق – ص ٧٧٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٣٣ .

(٢) أنظر : وجدى راغب فهمى – خصومة التحكيم – المقالة المشار إليها – ص ١١ .

(٣) فى بيان تطبيقات قضائية أخرى فى القضاء المقارن ، لضرورة التفسير الضيق لنطاق الزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – أنظر : عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٥ ومابعدها .

المبحث الثانى

المنازعات التى لايجوز الفصل فيها عن طريــق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئــات غيــر قضائــية دون المحــاكم المختصــة بتحقيقــها والفصل فى موضوعها [1] ، [2] .

---

(١) فى بيان المنازعات التى لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، أنظـــر : المؤلــف – إتفــاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ١٦٩ ومايليه ص ٥٤٢ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليــها – ص ١٥٦ ومابعده ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بنـــد ٢٥ ، ٢٦ ص ٣٨ ومابعدها .

(٢) فى بيان مدى جواز الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – بخصوص المنازعات الــتى تدخل فى الإختصاص القضائى المنفرد للقضاء الوطنى ، أنظر : أحمد قسمت الجداوى – التحكيــم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى – تنازع الإختصاص ، وتنازع القوانــين – ١٩٨٢ – دار النهضــة العربية بالقاهرة – ص ٢٣ ومابعدها ، عز الدين عبد الله – المرجع السابق – ص ٧٤٠ ومابعدهـــا ، محمد كمال فهمى – المرجع السابق – ص ٦١٧ ومابعدها ، محسن شفيــق – التحكيــم التجــارى الدولى – ص ١٠٧ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٦٥ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنيــة ، والتجاريــة – ص ١٤٩ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٢٦ ص ٣٩ ومابعدها ، ، أشــرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليــها – ص ١٦٧ ومابعدها .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٤/١٢ – القضية رقم (٣٦٩) – لسنة (٢٢) ق – مجموعة أحكام النقض – السنة (٧) – ص ٥٢٢ – ٥٢٧ . مشارا لهذا الحكم القضــائى فى : أحمــد

حصر نطاق التحكيم فى منازعات معينة - دون غيرها :

الأصل أن ولاية القضاء العام فى الدولة تمتد لتشمل كافة المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - ولكن استثناء من هذا الأصل العام ، تجيز الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - للأفراد ، والجماعات أن يتفقوا على سلوك طريق التحكيم بشأن نزاع معين - **سواء كان نزاعا قائما ، ومحددا ، أم نزاعا محتملا وغير محدد** - ونتيجة لهذا الإستثناء ، فإن ولاية القضاء العام فى الدولة لاتشمل هذا النزاع ، بل يقوم بالفصل فيه أفراد عاديون ، أو هيئات غير قضائية ، يتفق عليهم ذوو الشأن ، يسمون : " **هيئة تحكيم** " .

ولم تطلق الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - لإرادة الأفراد ، والجماعات العنان فى الإتفاق على التحكيم فى كافة منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها** - بل حصرت نطاق التحكيم فى

قسمت الجداوى - التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى - ص ٥٠ ، ٥١ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٩٠ .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٧٥/٣/٥ - فى الطعن رقم (٤٠) ق - مجموعة أحكام النقض - السنة (٢٦) ق - ص ٥٣٥ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد قسمت الجداوى - التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى - ص ٥١٠ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٣/١/٢ - فى الطعن رقم (١٢٨٨) - لسنة (٤٨) ق - مجموعة أحكام النقض - السنة (٣٢) - ص ٣٨ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٠ ، ١٨١ .

منازعات معينة ، وحظرت على الأفراد ، والجماعات الإلتجاء إلى طريق التحكيم فى منازعات أخرى .

فالإلتجاء إلى نظام التحكيم ليس جائزا للأفراد ، والجماعات بصورة مطلقة بحيث يمكنهم الإتفاق على طرح كافة منازعاتهم على هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيها ، لأن الأصل العام هو أن القضاء العام فى الدولة يختص بالفصل فى كافة منازعاتهم – وأيا كان موضوعها – باعتباره صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعاتهم – وأيا كان موضوعها ، إلا مااستثنى بنص قانونى وضعى خاص .

ولم تسمح الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها – للأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم إلا فى نطاق ضيق نسبي ، وحتى فى ظل هذا النطاق الضيق ، فقد أوجبت على الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عقب صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن يلجأوا للقضاء العام فى الدولة ، لكى يستصدروا منه أمرا بتنفيذه . ومن ثم ، تبسط المحاكم رقابتها على أعمال ، وقرارات هيئات التحكيم المختارة من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، للفصل فى منازعاتهم

فلايكفى أن يكون النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – موجودا ، ومعينا ، وإنما يجب أن يكون جائزا الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم . وبمعنى آخر ، أن يكون من المنازعات التى حددتها الأنظمة القانونية الوضعية – والمختلفة فى المذاهب ، والإتجاهات – وأجازت للأفراد ، والجماعات إمكانية الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيها ، بواسطة هيئات تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

نطاق نظام التحكيم بين الإتجاه المضيق ، والإتجاه الموسع :

إختلفت الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - في مواقفها بشأن نطاق المنازعات التي يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم [1] .

فنجد أن بعض الدول قد أخذت موقفا مشجعا من الإلتجاء إلى نظام التحكيم . وبالتالي ، فقد جعلت الأصل العام هو جوازه في كافة المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، مع إيراد استثناءات محدودة للغاية ، على سبيل الحصر وفي أضيق نطاق ممكن - **وبنصوص قانونية وضعية صريحة** - على هذا الأصل العام . **وتشمل هذه المجموعة بصفة خاصة** : غالبية الدول الأنجلوأمريكية ، والأسكندنافية . وبخاصة ، الولايات المتحدة الأمريكية [2] .

وعلى العكس من ذلك تماما ، فإن هناك دولا تقف من التحكيم موقفا حذرا - **باعتباره طريقا إستثنائيا ، للفصل في المنازعات بين الأفراد ، والجماعات** - وتجعل من القضاء الخاص منافسا للقضاء العام في الدولة الخاضع لسلطانها ، مما ينعكس على نطاق المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التي يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، واستعمال عبارات معروفة بأنها غير منضبطة الحدود في هذا المجال ، مثل إقحام فكرة النظام العام . **وتضم هذه المجموعة** : غالبية دول أمريكا الاتينية ، والدول العربية . وبخاصة الأرجنتين ، والجزائر [3] .

---

(1) في استعراض مواقف الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - بشأن المنازعات التي يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، أنظر : سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - بند ٢٠٥ ومايليه ص ٣٩٤ ومابعدها .

(2) أنظر في هذا الإتجاه : مجموعة الدول المشار إليها في : سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - بند ٢٠٥ ص ٣٩٣ .

وتوسطت دولا أخرى أخذت بحلول توفيقية ، إمـــا عـــن طريـــق نصـــوص تشريعية وضعية تحدد المنازعات بين الأفراد ، والجماعات التـــى لايجـــوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم . وإما عن طريق إجتهاد فقهي يعطـــى لفكرة النظام العام مفهوما ضيقا ، باعتبار أن المقصود هـــو النظـــام العـــام الدولى ، وليس النظام العام الداخلى ، بحيث لايعنى وجود قواعد آمرة منظمة لمسألة ، أو مسائل معينة ، أن تصبح المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها - بالضرورة ، وبطريق التبعية واللزوم - غير قابلة للفصل فيها عن طريـــق نظام التحكيم ، بدلا من عرضها على القضاء العام فى الدولة . ومـــن أهـــم دول هذه المجموعة : فرنسا ، ومصر [1] ، [2] ، [3]

---

(٣) أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصـــة - الكتـــاب الأول - إتفـــاق التحكيم - ١٩٨٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٢٠٥ ص ٣٩٤ ، وماأشارت إليه فى الهامش رقـــم (١) من بيان لمجموعة الدول التى تأخذ بهذا الإتجاه المضيق ، والحذر لنطاق المنازعات التى يجـــوز الفصـــل فيها عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

(١) أنظر : سامية راشد - الإشارة المتقدمة ، وماأشارت إليه فى الهامش رقم (٢) من دول أخرى تأخذ بموقف مماثل لموقف القانون الوضعى المصرى ، والفرنسى المقارن .

(٢) فى بيان نطاق التحكيم فى المعاهدات الدولية ، أنظر : أشرف عبـــد العليـــم الرفـــاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٥٦ ومابعدها .

(٣) فى استعراض موقف فقه القانون الوضعى المقارن من القانون الواجب التطبيق على نطاق التحكيـــم ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقـــات الدوليـــة الخاصـــة - الرسالة المشار إليها - ص ١٥٩ ، ١٦٠ .

فكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن ، وتأثيرها على نطاق التحكيم :

تعد فكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن من الأفكار الأساسية فى علم القانون عموما . ففى القانون الداخلى بفروعه المختلفة ، يقترن اصطلاح النظام العام فى القانون الوضعى المقارن بالكلام عن القواعد القانونية الآمرة ، والتى لايجوز للأفراد ، والجماعات الإتفاق على مخالفة حكمها ، فنقول أن تلك القاعدة تتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المقارن ، بمعنى أنه لايمكن مخالفتها .

فمن المعروف أن أية قاعدة قانونية إنما تتعلق بالنظام ، عندما يكون حكمها آمرا ، لايجوز الإتفاق على مايخالفه ، وأن ذلك يرجع إلى كونها قاعدة أساسية فى تنظيم المجتمع الإنسانى ، وأنها تتعلق بالصالح العام ، بحيث يمكن القول أن الإخلال بها يؤدى إلى الفوضى ، أو إلى فوات الغاية المقصودة من التنظيم ، أو اضطرابا ، أو تخلخل ذلك التنظيم ، والذى قرره المشرع الوضعى ، لمسألة من المسائل بصورة عامة ، وإلزامية .

فالمشرع الوضعى حين ينظم موضوعا معينا ، فإنه يضع قواعد قانونية وضعية قد يكون المقصود منها رعاية مصالح خاصة ، وفردية . وقد يكون المقصود منها تحقيق مصلحة عامة ، تعلوا المصالح الفردية .

فإن كان المقصود بالقاعدة القانونية الوضعية التى يضعها المشرع الوضعى هو رعاية مصلحة خاصة ، وفردية ، فلاشك أنه يكون من حق من تقررت هذه الرعاية لمصلحته أن يتنازل عنها ، لأنه يكون أدرى بمصلحته . ومتى أفصح عن عدم تمسكه بحماية التشريع الوضعى ، فإن على المشرع الوضعى أن يتركه لشأنه ، وألا يتدخل فى حريته بأكثر من هذا القدر ، ومثل هذه القواعد القانونية الوضعية تسمى بالقواعد المكملة ، أو المتممة لإرادة المتعاقدين .

أما إذا قصد المشرع الوضعي بالقواعد القانونية الوضعية التي يضعها ، عندما يتصدى لتنظيم مسألة من المسائل إلى تحقيق مصلحة عامة ، لاتهم الأفراد بقدر ماتهم المشرع "الوضعي نفسه ، فإنه لايكون من حق الأفراد والجماعات أن يتنازلوا عنها ، لأنها تتعلق بفكرة التنظيم العام في الدولة في حد ذاته ، أي باعتبارها فكرة محددة ، وليس بمصالح خاصة لأطراف العلاقة القانونية " أفرادا ، أو جماعات " . فعندئذ ، يأبى المشرع الوضعي على الأفراد ، والجماعات أن يتوافقوا على مايخالف هذه القاعدة القانونية الوضعية ، لأنها ليست ملكا لهم ، فهو يفرض عندئذ إرادته ، أو يمليها عليهم ويقيد حريتهم في شأنها .

ولذلك ، يتعين على القضاة عند التطبيق أن يحترموا إرادة المشرع الوضعي في هذا الشأن ، لأن الأمر في هذه الحالة يكون توجها منه إلى الأفراد والجماعات ، وإلى القاضي العام في الدولة معا ، بصورة إلزامية ، وجازمة وفي هذه الحالة ، يقال إن القاعدة القانونية الوضعية آمرة .

ويعد النظام العام في القانون الوضعي ، والقواعد القانونية الوضعية التي يحرص على صيانتها ، وعدم جواز إنكارها ، أو مخالفتها ، قيدا على سلطان إرادة الأفراد ، والجماعات ، ويتلازم مع القاعدة القانونية الوضعية لكي تحقق فاعلياتها ، والغرض المقصود منها .

وهدف النظام العام في القانون الوضعي هو حماية المبادئ ، والأسس العامة الإقتصادية ، الإجتماعية ، والسياسية التي يقوم عليها المجتمع الإنساني [1] .

---

(1) في عرض فكرة النظام العام ، ونسبيتها ، وامتناع الإتفاق على مخالفة النصوص القانونية الوضعية الداخلة في نطاقها ، أنظر : جمال ذكي — دروس في مقدمة الدراسات القانونية — ص ١٦٨ ومابعدها، منصور مصطفى منصور — المدخل للعلوم القانونية — ص ٧٨ ومابعدها ، عبد الفتاح عبد الباقي — نظرية القانون — ص ١٠١ ومابعدها ، حسن كيرة — المدخل لدراسة العلوم القانونية — طبعة سنة ١٩٦٠ — ص ٦٢ ومابعدها ، عز الدين عبد الله — القانون الدولي الخاص — الطبعة التاسعة —

ففكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن تقوم علـى مجموعـة مـن الأسس التى يقوم عليها كيان الجماعة السياسى ، الإقتصـادى ، الإجتمـاعى الخلقى ، والدينى للدولة ، ولايمكن بقاء هذا الكيـان سـليما ، دون اسـتناده واستقراره على هذه الأسس .

والمقصود بالأسس السياسية ، هى :

القواعد التى تتعلق بممارسـة الدولـة لحريتـها العامـة ، وطريقـة مباشرتها لسيادتها ، بواسطة سلطاتها التشريعية ، التنفيذية ، والقضائية .

أما الأسس الإقتصادية ، فيقصد بها :

كل مايتعلق بتنظيم الإنتاج القومى ، ومابه مـن حريـة ، قيـود ، ونظام النقد ، التجارة الخارجية ، الإدخار ، والإئتمان .

أما المقصود بالأسس الإجتماعية ، فهى :

مجموعة القواعد التى تكفل تحقيق الأمـن ، والنظـام فـى المجتمـع كالقواعد التى تنظم الأسرة – من زواج ، طلاق ، نسب ، نفقة ، وقرابـة – إلى غير ذلك من مسائل النظام العام فى القانون الوضعى المقارن .

١٩٨٦ – الهيئة المصرية العامة للكتاب – بند ١٤٣ ومايليه ص ٥٢٧ ومابعدها ، **أحمد عبد الكـريم سلامة** – الإستعجال فى المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٨٨ – دار النهضة العربيـة بالقاهرة – ص ٢٨٦ ومابعدها ، **إبراهيم أحمد إبراهيم** – القانون الدولى الخاص – مركز الأجـانب ، وتنازع القوانين – ١٩٩٢/١٩٩١ – بدون دار نشر – ص ٥٨٢ ومابعدها ، **فؤاد عبد المنعم ريـاض / سامية راشد** – مبادئ تنازع القوانين ، وتنازع الإختصاص القضائى الدولى – ١٩٩٣ – دار النهضـة العربية بالقاهرة – ص ١٣٣ ومابعدها . وبصفة خاصة ، مضمون فكرة النظـام العـام الـدولى ، ودور القاضى العام فى الدولة فى إعمال فكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن – ص ١٤٢ ومابعدهـا ، **هشام على صادق** – تنازع القوانين – دراسة مقارنة فى المبادئ العامة ، والحلول الوضعية المقـررة فى التشريع المصرى – ١٩٩٣ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بنـد ٨٣ ومايليـه ص ٢٩٧ ومابعدهـا . وبصفة خاصة ، تطور فكرة النظام العام فى القانون الوضعى المقارن – بند ٨٤ ومايليه ص [illegible] ومابعدها

أما المقصود بالأسس الأخلاقية ، والدينية ، فهى :

مجموعة الأسس الازمة لحفظ كيان المجتمع الإنسانى ، وتقدمه – كتقاليد المجتمع ، لغته ، حضارته ، تراثه التاريخى ، معتقداته الدينية ، وأخلاقياته [1] .

أما المقصود بالآداب العامة ، فهى :

مجموعة القواعد التى وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها ، طبقا لقاموس يسود علاقاتهم الإجتماعية ، أى هى مجموعة المصالح الجوهرية التى تمس الأخلاق فى الجماعة :

فالآداب العامة تتصل بأسس المجتمع ، وأخلاقياته . ولهذا ، كانت القواعد القانونية الوضعية المتعلقة بهذه الأسس قواعد قانونية وضعية آمرة ، لايجوز الخروج عليها .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعي المقارن إلى أن فكرة النظام العام فى القانون الوضعى هى فكرة مستقلة عن فكرة الآداب العامة ، فهى وإن كانت تمثل الأساس الأخلاقى للمجتمع الإنسانى ، إلا أنها تكون متميزة عن باقى الأسس التى يقوم عليها النظام العام فى القانون الوضعى .

بينما ذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن إلى أن فكرة الآداب العامة هى جزء من النظام العام فى القانون الوضعى ، والذى يضم كل الأسس التى يقوم عليها كيان الدولة . بما فى ذلك ، الأساس الأخلاقى ، وهو الآداب . وأن أساس هذا التمييز ، هو اختلاف النتيجة المترتبة على مخالفتها فى النظام القانونى الوضعى الفرنسى ، دون النظام القانونى الوضعى المصرى ، لأن التفرقة بين النظام العام ، والآداب العامة قد أصبحت غير ذات جدوى ، بعد أن أفصح المشرع الوضعى المصرى عن نيته فى توحيد

---

(1) أنظر : محمد حسام محمود لطفى – المرجع السابق – ص ٥٧ ومابعدها .

الجزاء عند مخالفة أيهما ، بل إنه مع صراحة نص المــادة (٢/٧٣٩) مــن القانون المدني المصرى على أنه :

" **لمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد مادفعه خلال ثلاث ســنوات من الوقت الذى أدى فيه ماخسره ، ولو كان هناك اتفاقا يقضي بغــير ذلــك وله أن يثب مأداه بجميع الطرق** " [١] .

بينما يرى البعض الآخر من فقه القانون الوضعى المقارن أن أساس التميــيز بين فكرة النظام العام في القانون الوضعى ، وفكرة الآداب العامة يكون ذاتيــا وليس متصلا بالنتيجة المترتبة على مخالفتها في القانون الوضعي . فتتمــيز فكرة النظام العام في القانون الوضعي عن فكرة الآداب العامة ، رغم وحــدة الجزاء المطبق عند مخالفة القواعد القانونية الوضعية المتعلقة بأيهما [٢] .

وفكرة النظام العام في القانون الوضعي بــهذا الشــكل – **وفــى نطــاق القانون الوضعي الداخلي** – تعبر عن القواعد القانونية الوضعية التي لايسوغ للأفراد ، والجماعات الإتفاق على مخالفتها . **ومثال ذلك** : قواعــد الأهليــة تعتبر في كل قانون وضعي من النظام العــام ، بحيــث لايســوغ للأفــراد والجماعات الإتفاق على تغيير سن الرشد مثلا ، فلايجوز لمصرى أن يتفــق

---

(١) أنظر : فقه القانون الوضعي المقارن المشار إليه في : **محمد حسام محمود لطفي** – المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه ، وأحكام القضاء – دار الثقافة للطباعة والنشر بالقاهرة – ١٩٩٠/ ١٩٩١ – ص ٥٧ ، ٥٨ .

(٢) حول مضمون فكرة النظام العام ، ودورها في مجال تنازع القوانين أنظر : **ثــروت حبيــب** – دروس في القانون التجارى – مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعي – ١٩٨٢ – بند ٢٢٩ ومابعدهــا ، **جمال مرسي بدر** – التعليق على الأحكام – مجلة كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – السنة السابعة – ١٩٥٧ /١٩٥٨ – العددان الثالث ، والرابع – ص ص ١٨٥ – ٢٠٦ . حيث دراسة أثر فكرة النظام العام في القانون الوضعي المقارن ، ومجالات تطبيقها بشأن تنازع القوانين الوضعية المقارنــة في العلاقــات الخاصة الدولية ، **هشام علي صادق** – المرجع السابق – بند ٨٦ ومايليه ص ٣١٦ ومابعدها ، **فــؤاد عبد المنعم رياض** – المرجع السابق – ص ١٤٩ ومابعدها .

على أن بلوغه سن الرشد يكون عند سن الخامسة ، والعشرين ، لأن القاعدة القانونية الوضعية التى تحدد سن الرشد فى القانون الوضعى المصرى بإحدى وعشرين سنة ميلادية تعد من النظام العام فى مصر . وكذلك ، أحكام الأهلية تعد من النظام العام فى القانون الوضعى ، وتقدير الأهلية يتصل بالنظام العام فى القانون الوضعى ، فلا يجوز الإتفاق على تعديل أحكام الأهلية ، أو الإنتقاص منها .

تفسير القضاء المقارن لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم [1] .

فيما يتعلق بتفسير القضاء المقارن لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم ، فإنه قد وجدت عدة تصورات مستوحاه بواسطة القضاء المقارن لهذه الفكرة ، وتطبيقها بشأن نطاق التحكيم . فنعرض أولا : للتصور التقليدى لفكرة النظام العام فى القضاء المقارن بشأن نطاق نظام التحكيم ، ثم نعرض بعد ذلك للتصور الحديث لهذه الفكرة .

أولا :

التصور التقليدى لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم فى القضاء المقارن :

وجد تصورا تقليديا فى القضاء المقارن لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم ، أى تأثير فكرة النظام العام على المنازعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد

---

(1) فى دراسة تفسير فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن لفكرة النظام العام فى القانون الوضعى ، بشأن نطاق نظام التحكيم ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢١١ ومابعدها .

والجماعات – وأيا كان موضوعها – إلا ماستثنى بنص قانوني وضعي خاص ، ويقوم هذا التصور على بطلان الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان أم مشارطة** – لمجرد مساس المسألة التى نشأ النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بمناسبتها بالنظام العام فى القانون الوضعى . وبمعنى آخر ، فإن وجود قواعد قانونية وضعية آمرة ، تنظم مسألة معينة ، يعنى أن النزاع الذى يمكن أن ينشأ بمناسبتها ، قد صار – **وبالضرورة** – غير قابل للفصل فيه عن طريق نظام التحكيم [1] .

فنجد من الأحكام القضائية التى أخذت بهذا التصور التقليدى لفكرة النظام العام فى القانون الوضعى ، بشأن نطاق نظام التحكيم قد ذهبت إلى أنه إذا كان هناك قواعد قانونية وضعية تنظم مسألة معينة – **كالقواعد القانونية الوضعية المتعلقة بوضع تسعيرة لسلعة معينة** – فإن النزاع الذى يمكن أن ينشأ بمناسبتها ، لايكون قابلا للفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، لأن ذلك سوف يفوت على المشرع الوضعى المقاصد التى كان يبغى تحقيقها من وراء تنظيم هذه المسألة ، بقواعد قانونية وضعية آمرة [2] .

ثانيا :

التصور الحديث لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم فى القضاء المقارن :

---

(١) أنظر :

PASCAL – ANCEL : Juris –. N . 10 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., edition . 1990 . N . 27 . P . 31 . N . 31 . P . 33 .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., N . 31 et s . P . 40 et s .

يقوم التصور الحديث لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم في القضاء المقارن على الأخذ بمفهوم ، أو تصور أكثر مرونة من التصور التقليدى لفكرة النظام العام بشأن نطاق نظام التحكيم ، يساعد على تشجيع إلتجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا مااستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، حيث أكدت أحكام القضاء المقارن أن بطلان الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لاينتج فقط من أن المسألة التى نشأ بمناسبتها النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم تخضع فى تنظيمها لقواعد قانونية وضعية آمرة . بمعنى ، أن وجود قواعد قانونية وضعية آمرة ، وملزمة تنظم مسألة معينة ، لايؤدى - وبالضرورة - إلى أن النزاع الذى يمكن أن ينشأ بمناسبتها ، يكون غير قابل للفصل فيه عن طريق نظام التحكيم لمعالجة مايمكن أن تثيره فكرة النظام العام فى القانون الوضعى من تعقيدات فى علاقتها بنطاق نظام التحكيم ، حيث أنها فكرة غير محددة تحديدا دقيقا فضلا عن تعدد القوانين الوضعية المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى ، مما يسبب صعوبة تطبيق هذه الفكرة بشأن نطاق نظام التحكيم ، إذا ماأخذنا بالتصور التقليدى لفكرة النظام العام فى القانون الوضعى ، فى علاقتها بنطاق المنازعات الجائز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم [1] .

---

(١) أنظر :

PASCAL - ANCEL : Juris - Classeur . N . 12 et s ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 111 . 1987 . par : JEAN - ROBERT : N . 44 et s . N . 50 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit ., N . 56 et s .

وانظر أيضا :

Cass . Com . 28 Nov . 1950 . Bull . Civ . 111 . N . 355 . D . 1951 . 170 . S . 1951 , 120 . Note : ROBERT . Gaz . Pal . 1951 . 1 . 80 ; Cass . Com . 27 Juin .

تفسير فقه القانون الوضعى المقارن لفكرة النظام العام فى القانون الوضعى ، بشأن نطاق نظام التحكيم :

رفض فقه القانون الوضعى المقارن من جانبه التصور التقليدى لفكرة النظام العام فى القانون الوضعى ، بشأن نطاق نظام التحكيم - والتى كانت تقوم فى جوهرها على أن الإتفاق على التحكيم الذى يكون موضوعه نزاعا نشأ بمناسبة مسأل معينة ، تخضع فى تنظيمها لقواعد قانونية وضعية آمرة يكون باطلا ، وهذا البطلان الذى يصيب الإتفاق على التحكيم يرجع إلى عدم قابلية النزاع موضوعه ، للفصل فيه عن طريق نظام التحكيم وأخذ بالتصور الحديث لفكرة النظام العام فى القانون الوضعى ، والقائمة فى جوهرها على أن بطلان الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لاينتج فقط من أن النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم قد نشأ بمناسبة مسألة ، تخضع فى تنظيمها لقواعد قانونية وضعية آمرة . وبمعنى آخر ، وجود قواعد قانونية وضعية آمرة ، تنظم مسألة معينة ، لايؤدى - وبالضرورة - إلى أن النزاع الذى يمكن أن ينشأ بمناسبتها ، قد أصبح غير قابل للفصل فيه عن طريق نظام التحكيم . فلايكفى أن توجد صلة بين النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، والقواعد القانونية الوضعية المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى ، ولكن يجب أن يتضمن الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم مخالفة له - أى للنظام العام فى القانون الوضعى المقارن [1] .

1956 . Bull . Civ . 111 . N . 196 . Rev . Arb . 1957 . P . 14 ; Cass . Civ . 1 . 18 Mai . 1971 . D . S . 1972 . 37 .

(١) أنظر :

RUPELLIN - DEVICHI : Nature Juridique . Arbitrage . Droit interne . Droit international prive . N . 42 et s , N . 55 et s ; GEORGE VANCHEKE : Arbitrage et Regles de concurrence . Rev . Arb . 1978 . P .

نطاق نظام التحكيم فى القانون الوضعى الفرنسى :

لم يجعل القانون الوضعى الفرنسى التجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم جائزا بصورة مطلقة ، بحيث لايمكنهم **الإتفاق على الفصل فى كافة منازعاتهم - وأيا كان موضوعها - عن طريق** نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى كافة منازعاتهم - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص . فقد نصت المادة (٢٠٥٩) من القانون المدنى الفرنسي - **والمعدلة بموجب القانون الوضعى الفرنسى رقم (٦٢٦) ، والصادر فى الخامس من شهر يوليو سنة ١٩٧٢** - على أنه :

" **يستطيع الأشخاص الإتفاق على التحكيم فى كل الحقوق التى يستطيعون بإرادتهم التصرف فيها** " [1] .

ثم تولت المادة (٢٠٦٠) من القانون المدنى الفرنسى تحديد المنازعات التى **لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم . وهى** : مسائل الحالة ، **الأهلية ، تلك المتعلقة بالطلاق** ، الإنفصال الجسمانى [2] ، والمنازعات المتعلقة

---

191 et s ; ROBERT et MOREAU : op . cit . , N . 32 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 28 .

وانظر أيضا :

Note : MOTULSKY , Rev . Arb . 1955 . P . 21 ; Cass . Civ . 1954 : D . p . 1954 . 1 . 6 .

وانظر أيضا : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٦ ص ٥٥٥ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢١١ ومابعدها .

(١) أنظر :

La loi N . 74 . 631 du Juillet . D . 1974 . 244 .

(٢) فى بيان أحكام نظام الإنفصال الجسمانى فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر :

بالهيئات ، والمؤسسات العامة الفرنسية . وبصفة عامة ، لايجوز التحكيم فـــي المواد المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى . ومع ذلك ، يمكــن التصريح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصنـــاعى ، والتجـــارى بـــالتحكيم بموجب مرسوم (١) .

وإذا كان القانون الوضعى الفرنسى لايجيز التحكيم فى مســـائل الحالـــة الأهلية ، والمنازعات التى تتعلق بالدولة الفرنسية ، أو غيرها من الأشـــخاص الإعتبارية العامة الفرنســـية – أى **أشـــخاص القـــانون العـــام الفرنســـى** – والمؤسسات العامة الفرنسية ، وبصفة عامة ، كافة الأمور المتعلقـــة بالنظـــام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، فإن فقه القـــانون الوضعـــى الفرنســـى وأحكام القضاء فى فرنسا قد استقرت علـــى اســـتبعاد نظـــام التحكيـــم فـــى المنازعات ذات الطبيعة الجنائية ، أو الإدارية ، أو الضرائبية ، وفى مســـائل الإفلاس ، أو تصفية الأموال ، وفى المنازعات المتعلقة بـــبراءات الإخـــتراع والملكية الأدبية ، والفنية ، وفيما يتعلق بتطبيق قانون العمـــل الفرنســـى ، أو نظام الشركات ، والرقابة على النقد (٢) ، (٣)

ALEX – WEILL – FRANCOIS TERRE : op . cit . , P . 447 et s

(١) أنظر :

JEAN – VINCENT : Procedure civile . Dix – Hutieme edition . 1976 . P . 21 et s . N . 185 et s .

(٢) أنظر :

EMILE – TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 23 et s ; Repertoire De Droit . 1972 . N . 22 et s ; Repertoire De Droit Civile . 1977. N . 9 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . 1988 . T . 1 . La clause compromissoire . Le compromis . N . 143 et s ; FEBREMONT : L'arbitrage interne et les procedures conventionnelles en matiere de propriete industrielle . 1983 . La These precitee . P . 19 et s ; JEAN – ROBERT : Arbitrage . Cinquieme edition . 1983 . N . 42 et s . P . 35 et s ; MAYER : L'autonomie de l'arbitrage international dans l'aappreciation de sa propre competence . Recueil des cours . 1989 . P . 437 et s .

نطاق نظام التحكيم فى القانون الوضعى المصرى [1] :

لم يطلق المشرع الوضعى المصرى العنان لإرادة الأفراد ، والجماعات فى الإتفاق على التحكيم ، وإنما حصر نطاق التحكيم فى منازعات معينة وحظر على الأفراد ، والجماعات الإلتجاء إليه فى منازعات أخرى .

فتنص المادة (٣/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - على أنه : " لايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز فيها الصلح " .

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٦ ومابعدها .

[2] فى بيان بعض مسائل الأحوال الشخصية البحتة ، والتى لايجوز الإلتجاء إلى التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها ، فى القانون الوضعى الفرنسى ، أنظر :

H . SINAY : Les Convention sur les pensions alimentaires . Rev . Trim . Dr . Civ . 1954 . P . 228 et s ; JOSEPH MONESTIER : Le moyen D'ordre public . These ., Toulouse . 1965 . P . 935 et s ; ROBERT et MOREAU : L'arbitrage . Droit interne . Droit international . , 5 e . ed . 1983 . N . 35 ; P . LEVEL : Juris – Classeur . Civile . art . 2050 – 2061 ; PASCAL – ANCEL : Juris – Classeur . 1989 . Procedure Civile . Fasc . . ou commercial .

وانظر أيضا :

Cass . Req . 7 Fev . 1826 : D . P . 26 . 1 . 160 ; Cass . Civ . 1 . 31 Mars . 1971 . D . S . 1971 . Somm . 201 , 15 Mai . 1973 . D . S . 1973 . 478 .

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٦ ومابعدها .

[1] فى دراسة المسائل التى لايجوز الفصل فى فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها عن طريق نظام التحكيم ، فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٠ ومابعدها .

كما تنص المادة (١١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" لايجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الإعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ولايجوز التحكيم فى المسائل التى لايجوز الصلح فيها " [١] .

فالحق لايكون محلا للتحكيم إذا كان مما لاتجوز المصالحة عليه .

وتنص المادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" لايجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية ، أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم " .

وعلة إخراج المنازعات التى لايجوز الصلح فيها من نطاق نظام التحكيم هى :

رغبة المشرع الوضعى المصرى فى بسط ولاية القضاء العام فى الدولة على هذه المنازعات ، وهو مايقتضى منع الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيها [٢] .

---

(١) ويقابل ذلك نص المادة (٨١٩) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ ، والتى كانت تنص على أنه :

" التحكيم لايصح فى نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو الجنسية ، ولافى المسائل التى لايجوز فيها الصلح " . وقد رأى المشرع الوضعى المصرى فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ الإكتفاء بالإشارة إلى المسائل التى لايجوز فيها الصلح ، لأن الأحوال الشخصية مما تشملها هذه المسائل ، بصريح نص المادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى ، والجنسية ممايدخل تحت مدلول النظام العام فى القانون الوضعى المصرى .

(٢) أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – بند ٤١ ص ٧١٧ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٢ ، محمود محمد هاشم – إتفاق

والمادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى قد حـــددت المســائل التــى لايجوز فيها الصلح . وهى : المتعلقة بالحالة الشخصية ، أو بالنظام العام فــى القانون الوضعى المصرى .

ومن ثم ، لايجوز التحكيم فى هذه المسائل [(١)] . فضلا أن المشرع الوضعـــى المصرى قد أجاز شرط التحكيم فى المواد المدنية ، والمواد التجاريـــة علـــى حد سواء [(٢)] .

منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم فى القـانون الوضعى المصرى :

من المنازعات المستبعدة من نطاق نظام التحكيم فى القانون الوضعـــى المصرى : مسائل الأحوال الشخصية البحتة ، المسائل الجنائية ، إجــــراءات التنفيذ ، والدعاوى الازمة لصحتها .

كما لايجوز التحكيم فى المنازعات المتصلة بأموال تمنع الأنظمـــة القانونيـــة الوضعية التعامل فيها - **كالتعامل فى المواد المخـــدرة " المخـــدرات "** ، **أو الأسلحة** ، **وغيرها** - ولافى المنازعـــات الناشـــئة عـــن ديـــون القمـــار ،

التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - بند ٤٦ ص ٩١ ، النظرية العامة للتحكيـــم فى المـــواد المدنيـــة ، والتجارية - بند ٥١ ص ١٤٥ .

(١) فى بيان أحكام الصلح فلى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية ، أنظر : **يس محمد يحيى** - عقـــد الصلح بين الشريعة الإسلامية ، والقانون المدنى - دراسة مقارنة - ١٩٧٨ - دار الفكر االعربى بالقـــاهرة - بند ١٧٥ ص ٣٦٩ ومابعدها ، **توفيق حسن فرج** - الوجيز فى أحكام الأحوال الشـــخصية - ص ١٨٣ ومابعدها ، **أحمد نصر الجندى** - الولاية على المال - ص ٢١٦ ومابعدها .

(٢) أنظر : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بنـــد ٥١ ص ١٤٦ .

والمراهنات ، إلا إذا استثنت الأنظمة القانونية الوضعية شيئا منها . وكذلك المنازعات الناشئة عن ممارسة الدعارة ، وغيرها (١) .

فضلا عن الخلاف فى فقه القانون الوضعى المصرى ، وأحكام القضاء فى مصر بشأن مدى جواز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، بخصوص الوجه المستعجل من المنازعة الموضوعية المتفق على الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم – سواء كان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم معروضا بالفعل على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم للفصل فيه ، أم لم يكن قد عرض عليها بعد .

أولا :

مسائل الأحوال الشخصية البحتة Les stauts personnels :

فكرة عامة عن مسائل الأحوال الشخصية (٢) :

تحديد مسائل الأحوال الشخصية كان مثارا لخلاف شديد بين الشراح والمحاكم فى مصر ، كما عانى نفسه التشريع الوضعى المصرى ، فلم يكن هذا الإصطلاح " **الأحوال الشخصية** " معروفا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء ، ولم يذكر المشرع الوضعى المصرى هذا الإصطلاح فى لائحة

---

(١) أنظر :

EMIL – TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 38 et s .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٢/٥١ ص ١٤٨ .

(٢) ليس لنظام الأحوال الشخصية مقابلا فى الشريعة الإسلامية الغراء ، أو فى القانون الوضعى الفرنسى المقارن . فاصطلاح المعاملات فى الشريعة الإسلامية الغراء ينصرف إلى الزواج ، كما ينصرف إلى البيع . ويضم القانون المدنى الفرنسى قواعد الزواج ، والميراث ، إلى جانب قواعد الإلتزامات ، والحقوق العينية .

ترتيب المحاكم الشرعية ، عند بيانه لاختصاص تلك المحاكم ، وإنما استعمل عبارة " **المواد الشرعية** " .

ويختلف تحديد المقصود بالأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى . فبعض الدول تضيق من نطاق مفهوم الأحوال الشخصية . والبعض الآخر منها يوسع من نطاق مفهومها [1] .

ففى فرنسا ، يدخل فى مدلول الأحوال الشخصية : الحالة Etat ، والأهلية Capacite ، ولكن هذا الإصطلاح يكون له مدلولا أوسع فى إيطاليا ، **حيث يشمل إلى جانب الحالة ، والأهلية** : المواريث ، الوصايا ، والهبات استنادا إلى مابين نظام الإرث ، والروابط العائلية من وثيق الصلات . فالقانون الوضعى الفرنسى يجعل المواريث من الأحوال العينية – **على خلاف القانون الوضعى الإيطالى ، والذى يجعلها من الأحوال الشخصية** [2] .

أما النظام القانونى الوضعى المصرى ، فقد فرق بين المعاملات المالية من ناحية ، وبين مايسمى بالأحوال الشخصية من ناحية أخرى ، وكانت هذه التفرقة مرتبطة بنظام الإمتيازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء ، وتعدد الشرائع الواجبة التطبيق على المصريين أنفسهم ، فى جانب كبير من معاملاتهم .

---

(1) فى بيان العوامل التى تؤدى إلى اختلاف مفهوم الأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى ، أنظر : **محمد كمال حمدى** – الولاية على المال – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٤٨ ومابعدها .

(٢) أنظر : **محمد كمال حمدى** – الولاية على المال – ص ٢٥١ ومابعدها ، **توفيق حسن فرج** – الوجيز فى أحكام الأحوال الشخصية – ١٩٨٢ – مؤسسة الثقافة الجامعية بالأسكندرية – **فتحى حسن مصطفى** – الأحوال الشخصية – ١٩٨٧ – منشأة المعارف بالأسكندرية ، **محمد عزمى البكرى** – مسائل الأحوال الشخصية – ١٩٩٠/١٩٩١ – دار محمود للنشر ، والتوزيع بالقاهرة – **أحمد نصر الجندى** – الولاية على المال – ١٩٩٣ – المكتبة القانونية بالأسكندرية .

وقد زالت الآن كل هذه الإعتبارات ، وأصبح من غـــير الممكــن إســتخدام إصطلاح الأحوال الشخصية فى الأغراض التى نشأ من أجلها ، دون مخالفــة للنظام القانونى الوضعى المصرى في مجموعه ، وهى مخالفـــة يقـــع فيــها المشرع الوضعى المصرى فى بعض الأحيان [1] .

(أ) :

محاولات القضاء المصرى لتحديـــد المقصـــود بـــالأحوال الشخصية :

عرفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية ، فى الحكم القضــائى الصادر منها فى الحادى ، والعشرين من شهر يونية ســـنة ١٩٣٤ ، حيــث قررت فيه أنه : " المقصود بالأحوال الشخصية ، هى مجموعة مايتميز بـــه الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية ، أو العائلية التى رتـــب القـــانون الوضعى المصرى عليها أثرا قانونيا فى حياته الإجتماعية ، ككونه ذكـــرا ، أو أنثى ، وكونه زوجا ، أو أرملا ، أو مطلقا ، أو إبنـــا شـــرعيا ، أو أبـــا وكونه تام الأهلية ، أو ناقصها ، لصغر سن ، أو عته ، أو جنون ، وكونـــه مطلق الأهلية ، أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية " [2] .

---

(١) أنظر : سمير عبد السيد تناغو – إصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيازات الأجنبيــة ، وتعدد جهات القضاء – مقالة منشورة بمجلة الحقوق للبحوث القانونية ، والإقتصادية – تصدرهــا كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – السنة الرابعة عشر – ١٩٦٩ – العددان الثالث ، والرابــع – ص ١٧٤ ، أنور العمروســـى – الأحـــوال الشـــخصية – ١٩٩٣ – دار المطبوعـــات الجامعيــة بالأسكندرية – – ص ٩٣ ومابعدها .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٣٤/٦/٢١ – مجموعة القواعد القانونية فى (٢٥) عامـــا – الجزء الأول – ص ١١٧ . مشارا لهذ الحكم القضائى فى : سمير عبد السيد تناغو – المقالة المشار إليـــها – ص ٢٥٢ .

ويلاحظ على حكم محكمة النقض المصرية المتقدم ذكره ، تأثره فـي ذلـك بتعريف فقه القانون الوضعي الفرنسي للحالة ، حيث أنه لـم يمـيز بطريقـة ظاهرة بين الحالة ، والأهلية ، إذ اعتبر الأخيرة ضمن الأولى ، مع أنها فـي الواقع نتيجة لها [1] .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها – **بحسب الأصل** – من الأحـوال العينية . فالوقف ، الهبة ، الوصية ، النفقات – **وعلى اختـلاف أنواعـها** – ومناشئها من الأحوال العينية . غير أن المشرع الوضعي المصري وجـد أن الوقف ، الهبة ، والوصية كلها من عقود التبرعات ، وتقوم غالبا على فكـرة التصدق المندوب إليه ديانة ، فألجأه هذا إلى اعتبارهـا مـن قبيـل مسـائل الأحوال الشخصية ، كي يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية ، التي ليـس من نظامها النظر في المسائل التي تحوي عنصرا دينيا ، ذا أثر فـي تقريـر الحكم القضائي الصادر منها ، في الدعـوى القضائيـة المعروضـة عليـها للفصل فيها [2] .

(ب) :

محاولات المشرع الوضعي المصـري لتحديـد المقصـود بالأحوال الشخصية :

حاول المشرع الوضعي المصري تحديد المقصود بالأحوال الشـخصية مرتين :

المرة الأولى :

---

[1] أنظر : محمد كمال حمدى – المرجع السابق – ص ٢٥٢ .

[2] في تقييم تعريف محكمة النقض المصرية للأحوال الشخصية – بين مؤيد ، ومعارض – وتمييزها عـن الأحوال العينية ، أنظر : سمير عبد السيد تناغو – المقالة المشار إليها – ص ١٧٥ .

فى نص المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة - والصادرة سنة ١٩٣٧ - والتى صدرت بعد توقيع اتفاقية منترو عام ١٩٣٧ ، والتى أعطت المحاكم المختلطة الإختصاص بنظر الأحوال الشخصية للأجانب ، إلى جانب المحاكم القنصلية .

وتنص المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم على أنه :

" **تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص ، وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة . وعلى الأخص ، الخطبة والزواج ، وواجباتهما المتبادلة ، والمهر ، والدوطة ، ونظام الأموال بين الزوجين ، والتطليق ، والطلاق ، والتفريق ، والبنوة ، والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقات بين الأصول ، والفروع ، والإلتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب ، والتبنى ، والولاية ، والوصاية ، والقوامة والحجر ، والإذن بالإدارة ، والغيبة ، واعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات ، والمسائل المتعلقة بالمواريث ، والوصايا ، وغيرها من التصرفات المضافة إلى مابعد الموت** " .

والمرة الثانية :

فى نص المادة (١٣) من قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩ ، والذى أعطى الإختصاص للمحاكم الوطنية فى نظر مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، والذى يكاد يكون منقولا نقلا حرفيا عن نص المادة (٢٨) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة - والصادرة سنة ١٩٣٧ - والتى صدرت بعد توقيع اتفاقية منترو عام ١٩٣٧ ، والتى أعطت المحاكم المختلطة الإختصاص بنظر الأحوال الشخصية للأجانب ، إلى جانب المحاكم القنصلية . ولذا ، نكتفى بالإحالة إليه ، منعا للتكرار

ويتبين لنا من المقارنة بين نص المادة (٢٨) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، والمادة (١٣) من قانون نظام القضاء رقم (١٤٧) لسنة ١٩٤٩ ، أن النص القانونى الوضعى الأول كان يجعل الدوطة مرادفة لل

وهو أمراً يخالف الواقع . فقد أكد النص القانوني الوضعي الثاني على أن الدوطة غير المهر .

حما أن النص القانوني الوضعي الثاني أضاف مسألة الولاية ، واعتبرها من مسائل الأحوال الشخصية . في حين أن المادة (٢٨)) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة لم تشر إليها .

مسائل الأحوال الشخصية :

يجمع فقه القانون الوضعي المقارن على تقسيم مسائل الأحوال الشخصية إلى مواد متصلة بالأحوال الشخصية البحتة ، ومواد تتصل بالمصالح المالية – أي تتصل بالمال .

والأولى :

وهي مسائل تتعلق بالنظام العام في القانون الوضعي :

ومنها : المسائل المتعلقة بالنسب ، الزواج ، الطلاق ، البنوة ، الحضانة ، ثبوت الوراثة ، تحديد سن الولد ، وماإذا كان قد بلغ سن الرشد أو لم يبلغه بعد ، وغيرها من المسائل المتعلقة بالحالة .

وهذا النوع الأول " مسائل الأحوال الشخصية البحتة " ، لايجوز التحكيم في المواد المتصلة بها [1] .

---

[1] أنظر : رمزى سيف – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – ص ٧٠ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات في التشريع المصرى ، والمقارن – بند ٢٤٢ ص ٢٩٤ ، أحمد عبد الفتاح الشلقانى – التحكيم في عقود التجارة الدولية – مقالة منشورة بمجلة هيئة قضايا الدولة – العدد السابع السنة العاشرة – ص ص ٥ – ٩٧ . وخاصة ، ص ٢١ ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – ص ٢٠٦ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٤ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٥١ ص ١٤٧ ، فتحى والى – الوسيط في قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

فلايجوز التحكيم فى خصومة تتصل بما إذا كان الولد شرعيا ، أم متبنــى ، أم لاينتسب إلى أسرة ما [1] . أو خصومة تتصل بمـــا إذا كـــان عقـــد الـــزواج صحيحا ، أم باطلا [2] . أو خصومة تتصل بما إذا كان شخص مـــا يعتـــبر وارثا ، أم غير وارث . أو فى خصومة تتعلق بحضانة طفـــل رضيـــع ، أو بحقوقه على والديه [3] . أو فى خصومة تتعلـــق بـــالحجر علـــى شـــخص ، باعتبار أن أحكام الحجر تكون متعلقة بالنظام العام فـــى القـــانون الوضعـــى وكل اتفاق يخالف أحكامه بشأنها يقع باطلا ، وما ذلك إلا تطبيقا لنص المـــادة (٤٨) من القانون المدنى المصرى ، والتى تنص على أنه :

" **ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها** " .

كما لايجوز الإتفاق على التحكيم بشأن تحديد ماإذا كان شخص ما قد بلغ ســن الرشد ، أم لم يبلغه بعد [4] .

---

(1) أنظر : رمزى سيف – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – بنـــد ٦٦ ص ٧٠ ، عبـــد المنعم الشرقاوى – شرح المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٤٥٣ ص ٦٢٢ ، أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – ص ٦٣٨ – الهامش رقم (١٥) .

(2) أنظر : محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – بند ٣١ ص ١٠١ ، أحمد أبو الوفـــا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦١ – منشأة المعارف بالأســـكندرية – ص ٧٤٧ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٣٥ ص ٢٠١ .

(3) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ٢٩ ص ٧٤ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥١/١ ص ١٤٧.

(4) أنظر : محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بنـــد ٥١/١ ص ١٤٧ .

كما لايجوز الإتفاق على التحكيم على حق الزوجة فى النفقة ، أو على حق الزوج فى إيقاع الطلاق بزوجته [1] .

أما مايترتب على مسائل الأحوال الشخصية من آثار مالية ، فإنه يجوز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات الناشئة عنها ، كالإتفاق بين الورثة على التحكيم لحصر ، وتوزيع التركة ، أو بالنسبة للنفقة بين الزوجين ، والأقارب [2] ، أو التعويض عن فسخ الخطبة [3] ، أو فيما يترتب على عقد الزواج الباطل من آثار ، أو فى تنظيم إدارة التركة قبل تقسيمها [4] ، إلى غير ذلك من المصالح المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية [5] .

---

(1) أنظر : فتحى والى - الإشارة المقدمة .

(2) أنظر :
PASCAL - ANCEL : Juris - Classeur . N . 77 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit. , edition . 1990 . N . 150 et s . P . 123 et s .
وانظر أيضا : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠١ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ص ٧٤ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٣٥ ص ٢٠١ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٢٧ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٥١ ص ١٤٧ ، محمود رضا الخضيرى - المرجع السابق - ص ٢٩٠ .

(3) أنظر : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - ص ٧٤٧ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ص ٧٤ .

(4) أنظر : أحمد أبو الوفا - الإشارة المقدمة .

(5) أنظر : أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ٢٠٦ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٢٨ ، فتحى والى

فالمصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية - **كالحق فى النفقة ، أو الميراث** - يصح الإتفاق على التحكيم فى نزاع يتصل بها ، لأنه يجوز الصلح عليها . إذ أن حظر الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إنما يكون قاصرا على الحالة الشخصية فى ذاتها ، دون مايترتب عليها من آثار مالية (١) .

ثانيا :

مسائل الجنسية :

الجنسية هى :

الصلة القانونية التى تربط فرد ما بدولة معينة .

أو هى :

الإنتماء القانونى لشخص ما إلى السكان المكونين للدولة (٢) .

- الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٥ .

(١) فى دراسة التحكيم كوسيلة للفصل فى المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، أنظر :

Dalloz Encyclopedie Juridique . op . cit . , N . 85 et s ; EMIL - TYAN : op . cit . , N . 27 et s ; Repertoire De Droit Civile . T . 111. 1989 . N . 59 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 29 . p . 32 ; PASCAL - ANCEL : Juris - Classeur . N . 27 et s .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ص ٧٤ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٥١ ص ١٤٧ ومابعدها ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٣٩ ص ٩٠٨ ومابعدها .

وتلحق الجنسية بالقانون الوضعي العام ، لأنها تمس تكوين الدولة ذاتها (١) . ومادام أن الجنسية هى مظهرا من مظاهر سيادة الدولة (٢) ، فإنه لايجوز **الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - للفصل فى نزاع يتصل** بطلب اكتساب جنسية ما . ولكن ليس ثمة **مايمنع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان** ، **ام مشارطة** - للفصل فى نزاع يتصل بطلب التعويض عن قرار إدارى ، كان قد صدر مخالفا للقانون الوضعى فى شأن الجنسية (٣) .

ثالثا :

المسائل الجنائية :

الصلح على الجرائم الجنائية غير جائز بصفة عامة . ومن ثم لايصح أن تكون موضوعا للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لأن توقيع العقوبات الجنائية لايصح أن يتولاه أشخاص عاديون ، ولو

---

(٣) أنظر : **أحمد قسمت الجداوى / حسان الدين ناصف** - مبادئ القانون الدولى الخاص - المطبعة القانونية بالأسكندرية - - ١٩٩٦ - ص ٢٠٩ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٥ .

(١) أنظر : **شمس الدين الوكيل** - القانون الدولى الخاص " الجنسية ، ومركز الأجانب " - دار الفكر العربى بالقاهرة - ١٩٨٣ - ص ٦٥ ، **محمد كمال فهمى** - المرجع السابق - ص ٦٤ ، **مصطفى كامل إسماعيل** - الإختصاص فى مسائل الجنسية - مقالة منشورة بمجلة مجلس الدولة - السنة الأولى - ١٩٥٠ - ص ١٣٣ . وبصفة خاصة ، ص ١٥٢ .

(٢) فالجنسية تكون فرعا من السيادة ، ولازما من لوازمها ، أنظر : حكم محكمة النقض المصرية - الصادر فى (١٦) مايو سنة ١٩٣٥ - مجموعة محمود عمر - الجزء الأول - رقم (٢٢٦) - ص ٧٧٩ .

(٣) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٧٥ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ١٤٧ .

كانت هيئة تحكيم ، لأنه لايجوز الإتفاق على التحكيم - شــــرطا كـــان ، أم مشارطة - فى الجرائم المختلفة ، لأن الحق فى إقامة الدعوى الجنائية عنـــها يتعلق بالمجتمع ، وهذا أمرا يتعلق بالنظام العــــام فـــى القـــانون الوضعـــى فلايجوز الصلح عليه ، لامع النيابة العامة ، ولامع المجنى عليه نفسه .

فلايجوز أن يتناول الإتفاق على الصلح ، أوالتحكيم الجرائـــم ذاتـــها . **فكـــل جريمة تنشأ عنها دعويين :**

الدعوى الأولى :

دعوى جنائية :

تختص بتحريكها السلطات العامة ، **ممثلة فى هيئة النيابة العامة .**

والدعوى الثانية :

دعوى مدنية :

صاحبها هو المجنى عليه . وأنه وإن كان لهذا الأخير مطلق الحرية فـــى أن يتصالح عن حقه فى التعويض المدنى ، وأن يتنازل بالشروط التى يراهـــا عن تحريك الدعوى المدنية ، فإنه لايستطيع - **سواء عن طريق الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم** - أن يكون عقبة فى سبيل تحريك الدعوى الجنائيـــة - **والتى ترمى إلى إصلاح الضرر الإجتماعى المترتب على ارتكاب الجريمـــة** - لأنه لايستطيع التصرف فيما لايملكه ، باعتبار أن الدعوى الجنائية الناشـــئة عن ارتكاب الجريمة هى من حق المجتمع ، وتباشـــرها النيابـــة العامـــة - **وبالنيابة عنه** - وعلى ذلك ، فلايؤثر الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم بيـــن الجانى ، والمجنى عليه على سير الدعوى الجنائية .

فالإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " - **كأصل عام** - **لايجـــوز** فى صدد قيام الجريمة ، أو عدم قيامها ، وفى صدد نسبتها إلى فاعلها ، وفـــى

صدد العقوبة الجنائية الواجب إعمالها ، جزاء على مارتكبـــه الجـــانى (١) .
ولايجوز للجانى أن يصطلح ، أو يبرم اتفاقا على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشارطة** - مع المجنى عليه ، على عدم تبليغ السـلطات العامـة بالجريمـة مقابل حصوله على مبلغ من المال ، لأن فى الجريمة إعتداء على المجتمـع لاعلى شخص المجنى عليه فقط (٢) .

كما لايجوز للجانى أن يصطلح ، أو يبرم اتفاقا على التحكيم - **شرطا كـــان أم مشارطة** - مع النيابة العامة ، فى الجرائم المختلفة - **وأيا كان نوعـــها " جنايات ، جنح ، أو مخالفات "** .

وقد قضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك بأنه : " **مفاد نـــص المـــادة (٤/٥٠١) من قانون المرافعات المصـــرى الحـــالى رقـــم (١٣) لســنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة - أنـــه لايجـــوز التحكيم بصدد تحديد مسئولية الجانى عن الجريمة الجنائية ، وإلا عد بـــاطلا ، لمخالفته للنظام العام ، وإذا كانت المسألة التى انصب عليها الإتفاق علـــى التحكيم . وبالتالى ، كانت سببا للإلتزام فى السند ، إنما تتناول الجريمة فـــى**

---

(١) أنظر : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشـــريع المصـــرى ، والمقارن - بند ٢٤٢ ص ٢٩٤ ، محمود جمال الدين زكى - العقود المسماه - ١٩٦٠ - مطابع دار الكتاب العربى بمصر - بند ١٥ ص ٣٧ ، ٣٨ ، أحمد أبو الوفا - التحكيـــم الإختيـــارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ص ٧٤ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢/٥١ ص ١٤٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيـــم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٦ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ - مجموعة النقض - س (٣١) ص ١٩٨٩ - رقـم (٣٦٩) ، ١٩٨٧/١١/١٩ - فى الطعن رقم (١٤٧٩) - لسنة (٥٣) ق .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٧٩ ص ٧٤ .

ذاتها ، وتستهدف تحديد المسئول عنها ، وهى من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها . ومن ثم ، لايصح أن تكون موضوعا للإتفاق على التحكيم ، وهو مايستتبع أن يكون الإلتزام فى السند باطلا ، لعدم مشروعية سببه " (١) .

وكانت المادة (١٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصرى تنص قبل إلغائها على أنه :

" يجوز الصلح فى مواد المخالفات إذا لم ينص القانون فيها على عقوبة الحبس بطريق الوجوب ، أو على الحكم بشئ آخر غير الغرامة ، أو الحبس ، ويجب على محرر المحضر فى الأحوال السابقة أن يعرض الصلح على المتهم ويثبت ذلك فى المحضر ، وإذا لم يكن المتهم قد سئل فى المحضر ، وجب عليه أن يخطر بالصلح بإخطاره رسميا " .

كما كانت المادة (٢٠) من قانون الإجراءات الجنائية المصرى تنص على أنه :

" يجب على المتهم الذى يرغب فى الصلح أن يرفع فى ظرف ثلاثة أيام من يوم عرضه عليه مبلغ خمسة عشر قرشا فى الحالة التى لايعاقب فيها القانون بغير الغرامة ، وخمسين قرشا فى الحالة التى ينص فيها

---

(١) أنظر :

Cass . Civ . 22 Janv . 1947 . Gaz . Pal . . 1 . 76 ; Paris . 9 Dec . 1955 . Rev . Arb . 1955 . P . 101 .

وانظر أيضا :نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٠/١/٢٢ - فى الطعن رقم (٥٦٢ - س (٤٧) ق - مجموعة أحكام النقض - السنة (٣١) - ص ١٧٩ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد أبو الوفا - الإشارة المتقدمة ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢/٥١ ص ١٤٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٦٦ .

القانون بعقوبة الحبس أو الغرامة بطريق الخيرة ، ويدفع المبلغ إلى خزانة المحكمة أو إلى النيابة العامة أو إلى ألى شخص " .

ولكن هذا النظام قد ألغي بمقتضى المادة (٢٥) من القانون الوضعي المصرى رقم (٢٥٢) لسنة ١٩٥٣ [١] .

ومع ذلك ، فإن بعض القوانين الوضعية الخاصة تجيز الصلح عن المخالفات المقررة فيها ، وفى أحوال خاصة - كقوانين المرور ، الجمارك ، والضرائب - فعلى سبيل المثال ، نجد أن القانون الوضعى المصرى قد قرر أن الضرائب ، والرسوم تفرض بقانون ، أو بناء على قانون ، وأنه لايجوز إعفاء أحدا من الضرائب ، إلا فى الأحوال المنصوص عليها فى القانون الوضعى المصرى .

ومسألة فرض الضرائب ، والرسوم من المسائل التى لاتخضع للإتفاق بين الدولة ، والأفراد ، أو الجماعات ، وإنما تفرضها الدولة بما لها من حق السيادة ، ونتيجة لالتزاماتها بالتكاليف العامة . ومن ثم ، فإنه لايجوز الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - على مبدأ فرض الضرائب ، والرسوم [٢] .

ومع ذلك ، فإنه قد تتفق الجهة المختصة بتحصيل الضريبة مع الممول ، فى شأن الضريبة التى تفرض عليه ولايصح أن يمس هذا الإتفاق المسائل القانونية الخاصة بالضريبة ، إذ لايجوز أن تكون هذه المسائل موضعا لاتفاقات خاصة بين الممول ، وجهة الإدارة المختصة بتحصيل الضريبة ، بل يجب أن تلتزم فيها حكم القانون الوضعى المصرى . ومن ثم ، فإنه يجوز الإتفاق على الصلح ، أو التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بين الممول

---

(١) أنظر : رؤوف عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى - الطبعة الثانية - ١٩٨٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة - ص ٨٥ ومابعدها .

(٢) أنظر : يس محمد يحيى - عقد الصلح - بند ١٨٠ ص ٣٣٥ .

وجهة الإدارة المختصة بتحصيل الضريبة ، بشأن المنازعات التى تثور بصدد تحديد الأموال الخاضعة للضريبة ، منعا من رفع هذه المنازعات إلى القضاء العام فى الدولة (١) .

وقد يجيز المشرع الوضعى المصرى الإتفاق على الصلح . ومن ثم الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بين الممول ، والإدارة الضريبية المختصة ، بشأن المنازعات المنظورة أمام المحاكم ، لإنهائها بطريق الصلح ، أو التحكيم (٢) ، (٣) .

وإذا كان المبدأ المقرر فى القانون الوضعى المصرى أن الصلح عن الجرائم لايجوز ، فإن المشرع الوضعى المصرى قد لاحظ أن مخالفات المرور ليست ذات خطر ، وأنها ليست من قبيل الجرائم العادية - والمنصوص عليها فى قانون العقوبات المصرى - فأجاز الإتفاق على الصلح عن هذه المخالفات ، بدفع المخالف مبلغا من النقود ، ويطلق عليه

---

(١) أنظر : إدوار غالى الذهبى - الصلح فى جرائم التهرب من الضريبة على الإستهلاك - مقالة منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة " هيئة قضايا الدولة حاليا " - س (٢٨) - ١٩٨٤ - العدد الثالث - ص ١٤٥ ومابعدها .

(٢) فى استعراض بعضا من القوانين الوضعية المصرية التى صدرت ، وأجازت الإتفاق على الصلح بين الممول ، والإدارة الضريبية المختصة ، بشأن المنازعات المنظورة أمام المحاكم ، لإنهائها بطريق المصالحة ، أنظر : يس محمد يحيى - عقد الصلح - بند ٨٠ ص ٣٣٥ ومابعدها .

(٣) فى بيان مدى جواز الصلح عن الضرائب ، والرسوم ، أنظر :

La FORT (PIERRE) : De transation en matiere Fiscal . These. Paris . 1966 . P. 160 et s

وانظر أيضا : يس محمد يحيى - عقد الصلح - بند ١٧٨ ومايليه ص ٣٣١ ومابعدها .

مبلغ الصلح . ويترتب على ذلك ، إنقضاء الدعوى الجنائية قبل المخـــالف ، دون حاجة إلى عرض الأمر على القضاء العام فى الدولة (١) .

والمسائل المالية المترتبة على ارتكاب الجريمة يمكن أن تكـــون محـــلا للإتفاق على التحكيم ، **لأنه يجوز فيـــها الصلـــح - كـــالتعويض المســـتحق للمجنى عليه** (٢) .

فيجوز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى شـــأن تقديـــر التعويض المستحق للمجنى عليه ، وهذا لايمنع من رفع الدعوى الجنائية على الجانى ، أو من السير فيها (٣) .

وإذا جاز الصلح بين المسئول عن الجريمـــة ، والمجنـــى عليـــه عـــن التعويض المدنى ، فإنه لايجوز الصلح . ومن ثم ، الإتفاق على التحكيـــم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فيما بين المسئولين المتعددين عـــن الجريمـــة ،

---

(١) فى بيان أحكام نظام الصلح فى مخالفات المرور فى النظام القانونى الوضعى المصرى ، أنظر : يس محمد يحيى - عقد الصلح - بند ١٨٥ ومايليه ص ٣٤٣ ومابعدها .

(٢) أنظر : محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق - بند ١٥ ص ٣٧ ، ٣٨ ، أحمد أبو الوفـــا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٢٩ ص ٧٤ ، أحمد محمد مليجـــى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - الرسالة المشار إليـها - ص ٢٠٧ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة - بنـــد ٢/٥١ص ١٤٨ ، يس محمد يحي - عقد الصلح - الرسالة المشار إليـــها - بنـــد ١٦٧ ، ١٧٧ ص ٣٢٥ ومابعدها .

(٣) أنظر : محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقـــارن - بند ٢٤٢ ص ٢٩٤ ، محمود جمال الدين زكى - المرجع الســـابق - بنـــد ١٥ ص ٣٧ ، ٣٨ ، محمود رضا الخضيرى - المرجع السابق - ص ٢٩٥ .

على تحديد مسئولية كل منهم فى مواجهة المجنـــي عليــه . فتحديــد هــذه المسئولية من النظام العام فى القانون الوضعي ، ولايجوز التحكيم فيها [1] .

رابعا :

إجراءات [2] ، ومنازعات التنفيذ [3] :

تمكينا للدائن من أن يحصل على حقه جـبرا ، فقـد خولتـه الأنظمـة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - الحق في إجـراء التنفيذ الجبرى ، بحصوله على السند التنفيذى ، واعتبر هــذا السـند كافيـا لإجراء التنفيذ . فتأكيد السند لحق الدائن الموضوعى ، يكفى لإجراء التنفيــذ ولو لم يكن الدائن هو صاحب الحق الموضوعى فى الواقع .

---

(١) أنظر : محمود جمال الدين زكى - العقود المسماه - بند ٣٧٠ ص ٥٥٨ ، أحمـد محمـد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - الرسالة المشـار إليـها - ص ٢٠٧ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠١ ، أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦١ - منشأة المعارف بالأسـكندرية - ص ٧٤٧ ، عـز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الخامسـة - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١١٢١ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المـواد المدنية والتجارية - بند ٢/٥١ ص ١٤٨ .

(٢) فى دراسة تفصيلية لإجراءات التنفيذ ، أنظر : فتحى والى - التنفيذ - الطبعـة الأولى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ١١٣ ومايليه ص ٢٢٩ ومابعدها .

(٣) فى دراسة قواعد ، وأحكام منازعات التنفيذ ، أنظر : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - الطبعة الثالثة - ١٩٨١ - بند ٣٣٤ ومابعدها ، ص ٦٠٤ ومابعدها ، التنفيذ الجبرى وفقـا لمجموعـة المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - مطبعة جامعة القاهرة ، والكتاب الجامعى - بنـد ٤٣٢ ومايليه ص ٦٣١ ومابعدها .

وقد نظمت مجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية المصرية التنفيذ الجبرى فى الكتاب الثانى منها " **المواد (٢٧٤) - (٤٨٦) "** ، فى أربعة أبواب .

وقد يحدث أن يكون مع الدائن سندا تنفيذيا ، ولكن ليس لديه فى الواقع الحق الموضوعى الذى يؤكده السند ، أو يكون مع الدائن سندا تنفيذيا معيبا - سواء من ناحية تكوينه ، أو باعتباره سندا - أو لايكون مع الدائن سندا تنفيذيا على الإطلاق ، أو يكون معه سندا تنفيذيا ، ولكنه يقوم بالتنفيذ على مال ليس للمدين ، أو على مالايجوز الحجز عليه ، أو يقوم بالتنفيذ دون اتباع الإجراءات التى تنص عليها الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** . ولتلافى ذلك ، وللموازنة بين مصلحة الدائن فى إجراء التنفيذ ، ومصلحة المدين ، أو الغير فى معارضة التنفيذ غير العادل أو الباطل ، فإن الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها واتجاهاتها** - تتيح المنازعة فى التنفيذ .

فالمنازعة فى التنفيذ هى :

دعوى قضائية تتعلق بالتنفيذ الجبرى ، وهى لاتعتبر جزء من خصومة التنفيذ ، أو مرحلة فيها ، بل تخرج عن نطاقها ، وسيرها الطبيعى ، فهى وإن تعلقت بها ، فإنها تعتبر مستقلة عنها .

فخصومة التنفيذ ترمى إلى استيفاء الدائن لحقه جبرا . **أما المنازعة فى التنفيذ ، فهى : خصومة عادية ترمى إلى الحصول على حكم قضائى ، بمضمون معين** [1] .

---

[1] أنظر : فتحى والى - التنفيذ الجبرى - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٥٥ ص ٥٨٥ ، أحمد ماهر زغلول - أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية - بند ٢٢٥ ومابليه ص ٣٨٢ ومابعدها .

وتنقسم منازعات التنفيذ – **وبحسب المطلوب فى الدعوى القضائيـــة** – إلى نوعين :

النوع الأول :

منازعات موضوعية :

وهى التى يطلب فيها الحكم فى موضوع المنازعة :

ومثالها : دعوى بطلان إجراء من إجراءات التنفيذ .

والنوع الثانى:

منازعات وقتية :

وهى التى يطلب فيها الحكم بإجراء وقتى ، إلـــى حيـــن الفصـــل فـــى موضوع المنازعة :

وتسمى هذه المنازعات الوقتية بإشكالات التنفيذ .

وفيما يتعلق بالمحكمة المختصة بمنازعـــات التنفيـــذ ، فإنـــه – **ووفقــا لمجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩** – كـــانت المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ تختلف بحسب مـــاإذا كـــانت المنازعـــة موضوعية ، أم وقتية .

وكانت المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ الموضوعية تختلف بحسب السند الذى يجرى التنفيذ بموجبه .

فقد كان الإختصاص بمنازعات التنفيذ – **إذا كان التنفيذ بموجب حكم قضائى** – للمحكمة التى أصدرته " **المادة (٤٧٩) من مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩** " .

وإذا كان التنفيذ بموجب حكم تحكيم ، فقد كان الإختصاص ينعقـــد للمحكمـــة المختصة أصلا بموضوع النزاع محـــل التحكيـــم " **المـــادة (٨٤٥) من مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩** " .

أما إذا كان التنفيذ بموجب سند تنفيذى آخر ، فقد كان الإختصاص بمنازعات التنفيذ عندئذ ينعقد للمحكمة الجزئية ، أو للمحكمة الإبتدائية ، بحسب قيمة النزاع - **المحكمة المختصة محليا وفقا للقواعد العامة للإختصاص القضائى** (1) .

أما المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ الوقتية ، فكان قاضى الأمور المستعجلة .

أما المحكمة المختصة بمنازعات التنفيذ فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، فهى قاضى التنفيذ ، حيث خوله المشرع الوضعى المصرى الفصل فى جميع المنازعات - **وأيا كان نوعها ، أو قيمتها .**

فتنص المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" **يختص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل فى جميع المنازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها ، كما يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ .**

ويفصل قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة " .

وتختص محكمة التنفيذ - **دون غيرها** - بالفصل فى منازعات التنفيذ الموضوعية ، أو الوقتية - **وأيا كان نوعها ، أو قيمتها - إلا ماساستثنى بنص قانونى وضعى مصرى خاص** (٢) .

---

(1) أنظر : فتحى والى - التنفيذ الجبرى - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٤١ ص ٦١٦ .

(٢) فى دراسة نظام قاضى التنفيذ ، أنظر : عزمى عبد الفتاح - نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى ، والمقارن - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٧٨ .

فلايجوز رفع المنازعة الموضوعية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم القضائى الذى يجرى التنفيذ بموجبه . فإن رفعت إليها ، وجب على هذه المحكمة أن تقضى بعدم اختصاصها – **ومن تلقاء نفسها** – وإحالتها إلى محكمة التنفيذ [1] .

كما لايجوز رفع المنازعة الوقتية إلى قاضى الأمور المستعجلة بالمدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية . فإن رفعت إليه ، وجب عليه القضاء بعدم إختصاصه – **ومن تلقاء نفسه** – وإحالتها إلى محكمة التنفيذ المختصة . ولايجوز للأطراف ذوى الشأن الإتفاق على اختصاص محكمة أخرى غير محكمة التنفيذ ، فمثل هذا الإتفاق يكون باطلا [2] .

ولايجوز الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – بصدد إجراءات التنفيذ الجبرى – **من حيث صحتها ، أو بطلانها** – ولابصدد الدعاوى القضائية المتعلقة بتلك الإجراءات [3] .

بمعنى ، أنه لايجوز الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – للفصل فى المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبرى – **سواء كانت هذه المنازعات متعلقة بصحة إجراء من إجراءات التنفيذ ، أم ببطلانها ، أم**

---

(1) أنظر : فتحى والى – الإشارة المتقدمة .

(2) أنظر : أحمد ماهر زغلول – المرجع السابق – بند ٢٢٧ ومايليه ص ٣٨٥ ومابعدها .

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦٦ – ص ٤٧٤٧ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – الطبعة الخامسة – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٣٤ ص ٨٣ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – – ص ١٢٢١ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥٢/٢ص ١٤٩ .

كانت متعلقة بالإعفاء من إجراء تطلبته الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - أم باتخاذ إجراء لم تتطلبه - لأن تلك المنازعات لايحكم فى مصيرها إلا القضاء العام فى الدولة المختص ، تطبيقا للقاعدة المقررة بأن إجراءات التنفيذ إنما تجرى تحت إشراف القضاء العام فى الدولة ، ورقابته . وتطبيقا لذلك ، لايجوز الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة - بشأن صحة ، أو بطلان إجراءات التنفيذ على العقار ، والذى تم بواسطة قاضى التنفيذ . أو بطلان ، أو صحة تسجيل تنبيه نزع ملكية العقار المحجوز عليه ، دون محكمة التنفيذ ، والتى حددت لها الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - أوضاعا ، وإجراءات ، ومواعيد خاصة فى هذا الشأن .

كما لايجوز الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بشأن اتباع وسائل أخرى لإجراء التنفيذ الجبرى على المدين ، دون تلك الوسائل المقررة فى قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، فى الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - لإجراء التنفيذ ، والتى تختلف باختلاف طبيعة المال الذى يجرى عليه التنفيذ ، وماإذا كان فى حيازة المدين المحجوز عليه ، أم فى حيازة غيره [1] .

ومن ناحية أخرى ، فإنه وللحصول على سند تنفيذى ، وتعيين مقدار الحق ، فقد نظم المشرع الوضعى المصرى دعوى قضائية خاصة ، تسمى : **" دعوى صحة الحجز " ، والتى ترمى إلى تحقيق غرضين :**

الغرض الأول :

هو الحصول على حكم إلزام ضد المدين المحجوز عليه ، يتضمن تأكيد حق الدائن الحاجز ، وتعيين مقداره .

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٧٨ /١ ص ٣٤٩ .

والغرض الثانى :

هو الحكم بصحة إجراءات الحجز التحفظى [1] .

وتختص بدعوى صحة الحجز المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة فى الإختصاص القضائى بالدعاوى القضائية ، على أساس أن الأمر لايتعلق بمنازعة فى التنفيذ ، وإنما بمرحلة من مراحله .

فيكون الإختصاص القضائى النوعى للمحكمة الإبتدائية ، أو للمحكمة الجزئية **– وبحسب مقدار الدين المحجوز من أجله** " المادة (٩/٣٧) من قانون المرافعات المصرى . ويكون الإختصاص القضائى المحلى لمحكمة موطن المدين المحجوز عليه ، باعتباره المدعى عليه فى الدعوى القضائية " المادة **(١/٤٩) من قانون المرافعات المصرى " .**

وترفع دعوى صحة الحجز بالإجراءات العادية لرفع الدعاوى القضائية ، **خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلان ورقة الحجز إلى الغير المحجوز لديه . فإذا لم ترفع خلال هذا الميعاد ، أعتبر الحجز كأن لم يكن " المادة (١/٣٣٣) من قانون المرافعات المصرى "** [2] ، [3] .

---

[1] أنظر : فتحى والى – التنفيذ الجبرى – الطبعة الثانية – ١٩٨٦ – بند ١/١٧٨ ص ٣٤٩ .

[2] فى دراسة النظام القانونى لدعوى صحة الحجز ، أنظر : فتحى والى – المرجع السابق – بند ١٧٨ ، ١٧٩ ص ٣٤٩ ومابعدها ، التنفيذ الجبرى – الطبعة الثالثة – ١٩٩٣ – بند ١٧٦ومايليه ص ٣٥٧ ومابعدها ، عزمى عبد الفتاح – قواعد التنفيذ الجبرى – ١٩٩١ – ص ٤٢٤ ومابعدها .

[3] فى دراسة النظام القانونى للحجز ، وإجراءاته ، أنظر : عزمى عبد الفتاح – إجراءات الحجوز التنفيذية ، والتحفظية – دار النهضة العربية بالقاهرة – – بدون سنة نشر ، أمينة مصطفى النمر – قواعد ، وإجراءات التنفيذ الجبرى ، والتحفظى فى قانون المرافعات – الطبعة الثانية – ١٩٨٠ – دار الفكر العربى بالقاهرة ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الخامسة – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ، فتحى والى – التنفيذ الجبرى وفقا لمجموعة

وإذا كان يتطلب لصحة إجراءات الحجز ، أو التنفيذ رفع دعوى صحة الحجز على النحو المتقدم ، فإنه لايجوز أن ترفع هذه الدعوى القضائية إلا إلى المحكمة المختصة بها ، ولايمكن الإتفاق على التحكيم ، لرفعها أمام هيئة تحكيم ، يتفق على تخويلها مهمة الفصل فيها .

فمثلا ، إذا اتفق على التحكيم بصدد عقد إيجار ، وعن للمؤجر توقيع الحجز التحفظى ، فيجب لتثبيته أن يرفع الدعوى بصحته أمام المحكمة المختصة المختصة ، وفقا للقواعد العامة فى الإختصاص القضائى بالدعاوى القضائية ، على أساس أن الأمر لايتعلق بمنازعة فى التنفيذ ، وإنما بمرحلة من مراحله - دون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

وإذا كان الإتفاق على التحكيم بصدد عقد من العقود ، لايمنع أطرافه من توقيع الحجز بمختلف أنواعه - رعاية لحقوقهم ، وتحفظا عليها ، أو اقتضاء لها [2] . فإنه قد ثار التساؤل حول مصير دعوى صحة الحجز فى حالة الإتفاق على التحكيم ؟ .

فكما هو معروف أنه إذا اتفق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فإنه يمتنع على محاكم القضاء العام فى الدولة ، صاحبة الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيا كان

المرافعات المدنية ، والتجارية - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ١٢٩ ومايليه ص ٢٥٦ ومابعدها ، محمود مصطفى يونس - دراسة النظام القانونى للحجز التحفظى القضائى - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة . وبصفة خاصة ، ص ١١٦ ومابعدها .

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣٤ ص ٨٤ .

[2] أنظر : أحمد أبو الوفا - الإشارة المتقدمة .

موضوعها - إلا ماالستثنى بنص قانوني وضعي خاص ، أن تنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وقانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ يوجب رفع دعوى صحة الحجز خلال ثمانية أيام من تاريخ الحجز ، وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن " المادة (١/٣٣٣) " ، وكان الفصل فى الدعوى القضائية المرفوعة أمام المحاكم بطلب ثبوت الدين مفترضا للفصل فى صحة إجراءات الحجز ، فلا يمكن القول برفع الدعوى القضائية بطلب ثبوت الدين أمام هيئة التحكيم ، المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وانتظار صدور حكم تحكيم فيها ، ثم الإلتجاء بعد ذلك إلى المحكمة ، ورفع دعوى صحة الحجز أمامها ، ذلك أنه عندئذ يكون الحجز قد اعتبر كأن لم يكن ، لانقضاء الثمانية أيام حتما منذ توقيع الحجز .

يرى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [1] - وبحق - أن الحل الواجب الأخذ به عندئذ هو رفع دعوى صحة الحجز - بما تتضمنه من طلب ثبوت الدين ، وطلب صحة إجراءات الحجز - خلال الثمانية أيام من تاريخ الحجز أمام المحكمة المختصة ، احتراما لنص المادة (١/٣٣٣) من قانون المرافعات المصرى . فإذا لم يدفع المدعى عليه بشرط التحكيم - باعتباره دفعا شكليا غير متعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى - فى الوقت المناسب - وقبل الكلام فى الموضوع ، ومع سائر الدفوع الشكلية الأخرى - فإن حقه فى التحكيم يسقط ، وتنظر المحكمة الدعوى القضائية . أما إذا تمسك المدعى عليه بوجود شرط التحكيم ، فإن على المحكمة أن تتأكد من صحة هذا الشرط ، فإذا كان باطلا ، قضت ببطلانه ونظرت الدعوى القضائية بشقيها . أما إذا كان شرط التحكيم صحيحا ، كان على المحكمة أن توقف الخصومة بالنسبة للشق الخاص بصحة إجراءات

---

(١) أنظر : فتحى والى - التنفيذ الجبرى - بند ٧٨ مكرر ص ٣٥٤ .

الحجز ، حتى يقضى من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الشق الخاص بثبوت حق الدائن الحاجز ، ذلك أن هذا الشق الأخير يعتبر مسألة أولية لازمة للفصل فى صحة إجراءات الحجز

ومن القواعد الجوهرية المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالإجراءات ، أن المحكمة المختصة بنظر الدعوى القضائية ، تملك - دون غيرها - تقرير صحة ، أو بطلان الإجراءات التى اتخذت أمامها ، مع التسليم بإشراف محكمة الدرجة الثانية عليها ، هذا ولو لم تتصل القاعدة بالنظام العام فى القانون الوضعى . وتطبيقا لذلك ، فإنه الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بشأن نزاع إجرائى بحت ، وإلزام المحكمة بتنفيذ حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عندئذ (١) .

ولايجوز أن يتفق الخصوم على عرض مسألة اختصاص المحكمة بنظر الدعوى القضائية من عدمه ، أو عرض مسألة صحة ، أو بطلان الإجراءات التى اتخذت أمامها على هيئة تحكيم ، لكى تتولى الفصل فيها .

ويسرى الحكم المتقدم أيضا بالنسبة لطلب سقوط الخصومة القضائية ، أو اعتبارها كأن لم تكن ، أو سقوطها بالتقادم ، أو اعتبار الخصوم فيها حاضرين ، أو غائبين ، وماإذا كان يجوز الطعن فى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية من عدمه .

وإذا كانت دعوى رد القاضى العام فى الدولة عن نظر الدعوى القضائية ودعوى مخاصمته تتصل بالنظام العام فى القانون الوضعى ، وحيث أن المشرع الوضعى قد جعل الإختصاص بالفصل فيها لمحكمة تشكل تشكيلا خاصا - **وطبقا لقانون المرافعات المدنية ، والتجارية** - وتختص هذه المحكمة دون غيرها بالفصل فى دعوى رد القاضى العام فى الدولة عن نظر

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٣٢ ص ٨٠ .

الدعوى القضائية ، ودعوى مخاصمته ، فإنه لايجوز الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بالنسبة لهذه المسائل ، أو الدعاوى القضائية ، ولو كانت هيئة التحكيم مشكلة من القضاة ، والمستشارين (١) .

وإذا كان من غير الجائز الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بشأن ماتصل بإجراءات الخصومة القضائية ، إلا أنه يجوز الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بشأن ماتصل بالدفوع الموضوعية . فمن الجائز الإتفاق على التحكيم فى شأن ماإذا كان الحق قد سقط بالتقادم أو لم يسقط بعد ، وأن الوفاء المدعى بحصوله يعتد به ، أو لايعتد . وإذا كان الأمر يتصل بالنظام العام فى القانون الوضعى ، فإنه يجب على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مراعاته (٢) .

خامسا :

مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة (٣) :

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٣٣ ص ٨٣ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٣٢ ص ٨٢ .

(٣) فى دراسة مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ، أنظر :

JEAN OBERT : Arbitrage civile et commercial . Droit interne et Droit int tional prive . Troisieme edition . edition Sirey . N . 126. P . 133 , 134 ; TEFA - TRARI - TANI : De la clau e compromissoire . P . 129 et s ; Reperetoire De Droit Commercial . Arbitrage commer ial . T . 1 .

الحماية القضائية المستعجلة (١) :

N . 77 et s ; BERTIN : Le refere et le nouvel arbitrage . G . P . 1980 . 520 ; TANDEAU DE MARSAC : Le refere et l'arbitrage international . G . P . 1984 . 375 ;PH . OUAKRAT : L'arbitrage commercial international et les mesures provisoire. Dr . Part . Com . Int . 1988 . P . 239 et s .

وانظر أيضا : محمد عبد اللطيف – القضاء المستعجل – الطبعة الرابعة – ١٩٧٣ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٣٦ ص ١١٥ ومابعدها ، محمد على رشدى – قاضي الأمور المستعجلة – الطبعة الثانية – ١٩٣٤ – بند ٣٩ ومايليه ، مصطفى مجدى هرجة – أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى – ١٩٨٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية – ص ٧٥ ومابعدها ، محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب – قضاء الأمور المستعجلة – الجزء الأول – الطبعة السادسة – ١٩٨٦ – طبعة عالم الكتب بالقاهرة – ص ٥٦ ومابعدها ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٢ ص ٢٣ ، ٢٤ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – طبعة سنة ١٩٩٢ – بند ٣/٤٢ ص ٧٨ – الهامش رقم (١) ، محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٦١ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٨ ومايليه ص ١٥٣ ومابعدها ، عادل محمد خير – حجية ، ونفاذ أحكام المحكمين – الطبعة الأولى – مارس سنة ١٩٩٥ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٢٤ ص ٦٥ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٢٤١ ومابعدها ، ص ٤٥٢ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٤١١ ومايليه ص ٤٠٣ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٥ ومابعدها .

(١) فى دراسة أحكام القضاء المستعجل فى الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها ، أنظر :

PH . JESTAZ : L'urgence et les principes classiques de droit civile . l . g . d j . 1968 ; BERTIN P H : Refere civile . Repertoire De Droit Procedure Civile . 20e ed . 1983 . T . 111 .

وانظر أيضا : محمد عبد اللطيف – الإشارة المتقدمة ، محمد على رشدى – قاضي الأمور المستعجلة ، مصطفى مجدى هرجة – أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى ، محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب – قضاء الأمور المستعجلة ، محمود محمد هاشم

تنظم الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - من بين ماتنظمه من صور الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية ، الحماية القضائية المستعجلة ، والتى يكون من **شأنها تأمين الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - من خطر التأخير من نفاذ القوانين الوضعية الفعلى فى الواقع الإجتماعى - **أى من خطر التأخير فى تحقيق القوانين الوضعية .**

فنشاط القاضى العام فى الدولة - **والمتمثل فى تحقيق الدعوى القضائية ، والفصل فى طلبات الخصوم ، وإصدار الحكم القضائى الموضوعى ، وتنفيذه ، والذى يتحقق به القانون الوضعى - كثيرا مايستغرق وقتا طويلا - نظرا لأهمية المصلحة محل الإدعاء ، وبطء إجراءات التقاضى العام فى الدولة ، وتعددها** - الأمر الذى قد تضار معه مصالح الخصوم فى الدعوى القضائية ، بسبب التأخير بأضرار ، قد يتعذر تداركها ، أو تلافيها ، إذا ماصدر الحكم القضائى الموضوعى فى الدعوى القضائية بعد ذلك .

فقد يتعذر تنفيذ هذا الحكم القضائى بعد ذلك ، بسبب هلاك المال محل المنازعة ، أو نقص الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه - **إما لإخفائها ، أو تهريبها** . ومن هنا ، تظهر أهمية القضاء الوقتى ، ودوره فى منع حدوث هذه الأضرار بالمصالح ، والمراكز التى من المحتمل أن يحميها

- قانون القضاء المدنى - الجزء الأول - ص ٧٥ ومابعدها ، **أحمد ماهر زغلول** - الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات - بند ٣٠٦ ومايليه ، أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - بند ٢٤، ٣٦ ومايليه ، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها - بند ٦٣ ومايليه ، **وجدى راغب فهمى** - نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - السنة (١٥) - يناير سنة ١٩٧٣ ، **أحمد مسلم** - الإختصاص ، والموضوع فى قضاء الامور المستعجلة - مقالة منشورة فى مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القاهرة - السنة (٣٠) - العدد الأول - ص ٨٩ ومابعدها ، **أمينة مصطفى النمر** - مناط الإختصاص ، والحكم فى الدعاوى المستعجلة - الرسالة المشار إليها .

القانون الوضعى ، عن طريق اتخاذ تدابير وقتية ، وسريعة لحمايتها – كوضع المال تحت الحراسة ، أو منع نفاذ تصرفات المدين فى حق الدائن بالحجز التحفظى على أمواله ، أو الحكم بنفقة وقتية لمن لايستطيع الإنتظار ، حتى إصدار الحكم القضائى فى دعوى المسئولية ، أو اثبات واقعة يخشى زوال ، وضياع معالمها حتى تمام الحصول على الحماية القضائية الموضوعية ، بالإجراءات القضائية المعتادة ، أو لتأكيد فاعلية هذه الحماية .

ويمثل القضاء المستعجل الصورة الرئيسية للقضاء الوقتى . إذ تنص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" يندب فى مقر المحكمة الإبتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها منى فوات الوقت " .

وتتحقق الحماية القضائية الوقتية عن طريق اتخاذ مجموعة من التدابير التحفظية ، أو الوقتية ، والتى من شأنها ضمان تحقيق الحماية القانونية الكاملة للحق ، أو المركز القانونى ، وهذه التدابير هى التى تمثل مضمون القضاء الوقتى .

فكرة الحماية القضائية المستعجلة :

من سمات القضاء العادل الأناة فى تحقيق ادعاءات الخصوم فى الدعوى القضائية ، وعدم التسرع فى اصدار الأحكام القضائية . ذلك أن التسرع يؤدى لامحالة إلى الظلم ، كما أن العدالة البطيئة هى فى حقيقتها نوعا من الظلم ، تزرع اليأس فى النفوس ، وتنزع الأمل من الصدور ، فى الحصول على حكم قضائى ، يحمى حقوق ، ومراكز الأفراد ، والجماعات ويصون المصالح المشروعة ، ويرد العدوان .

كما أن التأخير ، أو الإبطاء فى اصدار الأحكام القضائية يؤدى – وفى بعض الحالات – إلى عدم جدوى الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية الموضوعية ، إذا ترتب على العدوان حالة واقعية ، يستحيل معها على الحكم

القضائي الصادر في الدعوى القضائية الموضوعية أن يعيدها إلـى ماكـانت عليه قبل العدوان .

لذا ، فقد رأت الأنظمة القانونيـة الوضعيـة - **وعلـى اختـلاف مذاهبـها واتجاهاتها** - عدم الاكتفاء بالقضاء العادي والذي تكون إجراءاتـه كثـيرة وحركته بطيئة ، فأنشأ إلى جانبه القضاء المستعجل ، والذي يقـدم للأفـراد والجماعات الإسعافات الأولية العاجلة ، عند وجود خطر محـدق بـالحقوق والمصالح المشروعة ، باتخاذ إجـراءات وقتيـة سـريعة تحمـي الحقـوق والمراكز القانونية ، لحين عـرض الموضـوع علـى محكمـة الموضـوع المختصة بتحقيقه ، والفصل فيه ، ليأخذ الـنزاع طريقـه العـادي ، وفقـا للإجراءات المعتادة .

فالقضاء المستعجل يهدف إلى توفير حماية عاجلة ، بـاجراءات وقتيـة سريعة ، إذا تبين للقاضي من ظاهر الأوراق أن الشخص جديـر بالحمايـة المؤقتة ، والسريعة ، للحفاظ على حقوقه ، ومراكزه القانونية .

ويلتزم القضاء المستعجل في قضائه بعدم التعرض لموضـوع الـنزاع أو التعمق في بحث المستندات ، لأن ذلك يكون متروكا لمحكمة الموضوع .

وبذلك ، أمكن التوفيق بين واجب التأني فـي تحقيـق الدعـوى القضائيـة والفصل في موضوعها ، وبين عدم الإخلال بحقوق الأفراد ، والجماعات في الحصول على حماية قضائية سريعة ، وعاجلة ، لتفادي الأضـرار الناجمـة عن التأخير في الفصل في النزاع .

وقد يغني الحكم القضائي الصادر من القضاء المستعجل الخصوم عـن الإلتجاء إلى القضاء العادي ، للفصل في النزاع ، إذا ترتب علـى صـدور الحكم القضائي المستعجل انهاء النزاع من الناحية العملية ، عندمـا يكتفـي الخصوم بالحكم القضائي المستعجل ، ويعتبرونه مؤشرا للحكم في الدعـوى القضائية الموضوعية .

كما أن الحكم القضائى المستعجل قد يحسم النزاع ، ويخلق مركزا واقعيا يجعل من المستحيل أن يغيره الحكم القضائى الموضوعى ، كما إذا صدر حكما قضائيا مستعجلا بتمكين فرقة موسيقية من العمل فى مسرح معين ليوم معين ، ونفذ هذا الإلتزام بمقتضى الحكم القضائى المستعجل . وكذلك ، الحكم القضائى الصادر بتمكين طالب من أداء الإمتحان فى معهد علمى خاص ، عن طريق قيد إسمه فى جداول امتحان الطلاب .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أنه توجد فوارق بين القضاء الوقتى ، والقضاء المستعجل ، لأن الطلب القضائى الوقتى هو : مجرد طلبا قضائيا ، باجراء وقتى . بينما الطلب القضائى المستعجل يزيد عليه بتوافر عنصر الإستعجال .

ويصدر فى الطلب القضائى الوقتى حكما قضائيا وقتيا . بينما يصدر فى الطلب القضائى المستعجل حكما قضائيا مستعجلا .

ونتيجة لذلك ، فإن الحكم القضائى الوقتى ، قد لايكون حكما قضائيا مستعجلا ، كالحكم القضائى الصادر بتحديد تاريخ توقف المدين عن دفع ديونه . والحكم القضائى الصادر فى دعوى الحيازة غير المستعجلة . والحكم القضائى الصادر بتعيين حارس قضائى على المال المتنازع عليه .

ويتحد الطلب القضائى المستعجل مع الطلب القضائى الوقتى فى أن موضوعهما يكون واحدا ، وهو اتخاذ اجراء ، أو تدبيرا مؤقتا ، يقصد به تحديد حقوق ، ومراكز الخصوم تحديدا مؤقتا ، دون الفصل فى أصل الحق أوالمركز القانونى الموضوعى ، أو المساس به . ولهذا ، فإن كل طلب قضائى مستعجل يكون طلبا قضائيا وقتيا ، ولكن لايكون كل طلب قضائى وقتى طلبا قضائيا مستعجلا .

بينما يرى جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن - وبحق - أن القضاء الوقتى يشمل القضاء المستعجل ، لأن القضاء المستعجل يمثل

الصورة الرئيسية للقضاء الوقتى . إذ تنص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

" يندب فى مقر المحكمة الإبتدائية قاضى من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة ، ومع عدم المساس بأصل الحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت " .

فالمقصود بالقضاء الوقتى ، هو تأمين الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - ضد الخطر الناجم من التأخير فى فاعليته . ففاعلية الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - تبدو كاملة حينما تصدر الأحكام القضائية الموضوعية - **والتى تحسم أصل المنازعات التى قد تنشأ بين الأفراد والجماعات** - ولكن مثل هذا الأحكام القضائية الموضوعية قد يستغرق صدورها وقتا طويلا ، وقد تطرأ حوادث تجعل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية - **محل الحماية بالأحكام القضائية الموضوعية** - فى حالة خطر داهم ، بحيث إذا انتظرنا لحين صدورها ، فإننا نخاطر بفقد محل الحقوق ، أوالمراكز القانونية الموضوعية التى تحميها .

ومن هنا ، وجدت الحاجة إلى القضاء الوقتى ، والذى يصدر أحكاما قضائية وقتية ، تؤدى إلى الحفاظ على أصل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية ، لحين صدور الأحكام القضائية الموضوعية .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أن القضاء الوقتى يحدث مراكز أو حالات مؤقتة ، يكون من شأنها المحافظة على المصالح التى يحتمل أن يحميها القضاء موضوعيا . **والقضاء الوقتى - وفقا لهذا الرأى - يقتضى مايلى :**

الشرط الأول :

هو الإستعجال ، أو الخطر من التأخير ، والذى قد ينجم عن ضرورة انتظار صدور الحكم القضائى الموضوعى :

يتكون الإستعجال من عناصر موضوعية لصيقة بالمنازعات المطروحة أمام القضاء المستعجل ، وهذه العناصر تتكون من العديد من العوامل التى قد تشكل أخطارا محدقة ، تهدد الحقوق ، أوالمراكز القانونية الموضوعية والتى تظهر من واقعة أن الإنتظار لحين حماية هذه الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية عن طريق القضاء الموضوعى قد يستغرق وقتا طويلا بينما قد تكون هناك عوامل تعرض أصل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية للإهدار ، إذا لم يكن من الممكن اتخاذ تدابير ، أو إجراءات مؤقتة لحمايتها ، حتى يتم الفصل فى أصل المنازعات .

فالقضاء المستعجل يهدف إلى صيانة محل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية ، والتى تصدر الأحكام القضائية المستعجلة بهدف توفير تدابير ، أو اجراءات ملائمة لحمايتها - وفى الأحوال التى تؤدى فيها هذه الوظيفة - حتى يمكن للأحكام القضائية الموضوعية الصادرة فيما بعد أن تجد محلا يرتب آثارها القانونية فيه - سواء كانت مقررة ، أم منشئة ، أم بالزام .

والشرط الثانى :

قيام القاضى بالتحقق من أن المصالح المهددة ، يحتمل أن يحميها القضاء الموضوعى بعد ذلك ، أى تستحق الحماية القضائية الوقتية .

التمييز بين الدعاوى القضائية المستعجلة ، والدعاوى القضائية التى توجب الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - الفصل فيها على وجه السرعة :

توجد بعض الدعاوى القضائية التى أوجبت الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - الفصل فيها على وجه السرعة - **لطبيعتها الخاصة الى لاتحتمل التأخير** - عملا على استقرار الحقوق والمراكز القانونية ، أو الحفاظ على حقوق الدائنين ، وهذه المنازعات ترفع إلى المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها ، ويفصل فيها طبقا للإجراءات القضائية العادية ، كل ماهنالك أن الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - تحث المحكمة على سرعة الفصل فيها . لذلك ، يعتبر الحكم القضائى الصادر فيها قضاء قطعيا ، يصدر من محكمة الموضوع ، فى صميم الموضوع ، فيحسم النزاع فيه ، ويحوز الحجية القضائية .

ومن أمثلة الدعاوى القضائية التى توجب الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - الفصل فيها على وجه السرعة : مانصت عله المادة (٩٤٣) من القانون المدنى المصرى - **وبخصوص دعوى الشفعة** - من أنه :

"... **ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة** " .

ومانصت عليه المادة (٢٥٠) من القانون المدنى المصرى - **وبخصوص دعوى شهر الإعسار المدنى** - من أنه :

" .... **وتنظر الدعوى على وجه السرعة** " .

ومانصت عليه المادة (٣/٣٩٠) من القانون المدنى المصرى - **والخاصة بالمنازعة فى صحة الجرد** - من أنه :

" .... وتقضي المحكمة في هذه المنازعة على وجه السرعة " .

ودعاوى النفقات التي تختص بها المحكمة الجزئية " المادة (٢/٩١٩) من قانون المرافعات المصري " .

والمنازعات المتعلقة بالأراضي الزراعية " المادة (٣٩) مكرر من القانون الوضعي المصري رقم (١٧٨) لسنة ١٩٥٢ - والمعدل بالقانون الوضعي المصري رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٥ " .

فالنص القانوني الوضعي على نظر الدعوى القضائية ، والفصل فيها على وجه السرعة ليس من شأنه أن يضفي عليها صفة الإستعجال ، أو يجعلها من قبيل المسائل ، أو المواد المستعجلة - والتي تندرج في اختصاص القضاء المستعجل - فهذه الدعاوى القضائية - ورغم النص القانوني الوضعي على نظرها على وجه السرعة - تكون من الدعاوى القضائية العادية ، والتي ينعقد الإختصاص بها لطبقات المحاكم العادية - وغير المتخصصة - وفقا للقواعد العامة للإختصاص القضائي بتحقيق الدعاوى القضائية ، والفصل في موضوعها - بضوابطها " الموضوعية منها والقيمية " - وهو ماتقطع به النصوص القانونية الوضعية ذاتها .

فشهر الإعسار المدني يكون بحكم قضائي ، تصدره المحكمة الإبتدائية التي يقع في دائرتها موطن المدين " المادة (٢٥٠) من القانون المدني المصري " .

وينعقد الإختصاص القضائي بالفصل في المنازعات المتعلقة بصحة جرد التركة للمحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل في موضوعها " المادة (٣/٨٩٠) من القانون المدني المصري " .

كما ترفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الكائن في دائرتها موقع العقار " المادة (٩٤٣) من القانون المدني المصري " ، وتنظرها المحكمة المختصة باعتبارها محكمة موضوع ، وتصدر فيها أحكاما قضائية تفصل في موضوع الدعوى القضائية ، وتحسم وجه النزاع فيه .

وتنحصر قيمة النصوص القانونية الوضعية التى تؤكد على تحقيق الدعوى القضائية ، والفصل فى موضوعها على وجه السرعة فى مجرد أنها **تكشف عن توجيه تشريعى وضعى يحث فيه المشرع الوضعى القضاة على التعجيل بنظر الدعوى القضائية ، وعدم تأخير الفصل فيها .**

وعلى ذلك ، تكون الدعاوى القضائية التى يرد فى شأنها نص قانونى وضعى يقرر نظرها على وجه السرعة هى من الدعاوى القضائية العادية – **والتى يتحدد الإختصاص القضائى بها ، ويتم تحقيقها ، والفصل فى موضوعها وفقا للقواعد العامة** – وهى تختلف بذلك عن الدعاوى القضائية المستعجلة والتى تخضع لنظام قانونى خاص – **سواء فيما يتعلق بتحديد الإختصاص بها ، قواعد نظرها ، تحديد آثارها القانونية ، ورسم حدود فاعليتها .**

المحاكم ، والتشكيلات القضائية المختصة بالدعاوى القضائية المستعجلة ، وأسس توزيع العمل بينها " تعدد المحاكم التى يعهد إليها بمباشرة القضاء المستعجل " :

أنشأ المشرع الوضعى المصرى محكمة للأمور المستعجلة ، وعهد إليها بالإختصاص القضائى بنظر الطلبات القضائية المستعجلة – **والتى ترفع بالطريق الأصلى فى دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية** . ومع ذلك ، فإن هذه المحكمة لاتحتكر الإختصاص القضائى بالطلبات القضائية المستعجلة .

ففى داخل دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية ينعقد الإختصاص القضائى لقاضى التنفيذ بنظر منازعات التنفيذ المستعجلة – **سواء رفعت بطريق أصلى ، أم بطريق تبعى .**

وفى خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية ، فإن الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة ينعقد للمحاكم العادية –**وبتشكيلها العادى** – ولبعض المحاكم المتخصصة – **كمحكمة التنفيذ .**

وفى داخل ، أو خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية ، ينعقد الإختصاص القضائى بالطلبات القضائية المستعجلة لمحكمة الموضوع ، إذا رفعت إليها بالطريق التبعى .

وعلى ذلك ، تكون كل محكمة يعهد اليها القانون الوضعى المصرى بنظر الطلبات القضائية المستعجلة ، والفصل فيها هى محكمة للقضاء المستعجل فيطلق المشرع الوضعى المصرى تسمية قاضى الأمور المستعجلة على القاضى الذى يؤول إليه الإختصاص القضائى بنظر المسائل المستعجلة ، دون تفرقة بين ماإذا كان قاضيا مخصصا للأمور المستعجلة ، أم قاضيا غير مخصص ، يمارس إلى جانب الإختصاص القضائى بنظر المسائل المستعجلة اختصاصات قضائية أخرى " **المواد (٩٦) ، (١٣٣) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ ، (٨٥٩/ ٢) من القانون المدنى المصرى** " .

فيعد قاضيا مستعجلا ، كل قاضى يؤول إليه الإختصاص القضائى بمقتضى القانون الوضعى المصرى بنظر المواد المستعجلة .

وفى الحالات التى قد يعهد فيها القانون الوضعى المصرى إلى بعض المحاكم بالإختصاص القضائى بنظر الطلبات القضائية المستعجلة ، تباشره كاختصاص قضائى إضافى ، إلى جانب اختصاصها القضائى كمحكمة موضوع ، فإنه يكون لها صفة مزدوجة ، تجمع فيها بين نوعين مختلفين من الإختصاص القضائى .

فتكون لها صفتين متميزتين ، لايجوز الخلط ، أو المزج بينهما ، كنتيجة لوحدة العضو القضائى الذى يمارسهما .

فبالإضافة إلى صفتها كمحكمة موضوع ، فإنه يثبت لها أيضا صفة محكمة القضاء المستعجل ،

وتحدد صفة المحكمة فى هذه الحالات فى ضوء طبيعة المسألة المطروحة عليها ، وهى تفصل فيها بهذه الصفة ، دون صفتها الأخرى .

معايير توزيع الإختصاص القضائى بين محاكم القضاء المستعجل :

المسألة المستعجلة المرفوعة إلى القضاء العام فى الدولة بصفة أصلية :

المعيار الأساسى الذى اعتمد عليه المشرع الوضعى المصرى لتوزيع الإختصاص القضائى بين محاكم القضاء المستعجل هى التفرقة بين ما إذا كانت المسألة المستعجلة قد أثيرت بصفة أصلية ، أم أثيرت بصفة تبعية لدعوى قضائية موضوعية ، منظورة بالفعل أمام المحكمة .

فمناط التفرقة بين صفة المسألة المستعجلة الأصلية ، والمسألة المستعجلة التبعية هو فى وجود دعوى قضائية موضوعية ، ترتبط بها المسألة المستعجلة برابطة تبعية . فإذا لم توجد دعوى قضائية موضوعية ، منظورة بالفعل أمام المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها ، فإن المسألة المستعجلة لايمكن أن تثار إلا بصفة أصلية .

وفى تحديد المحكمة المختصة بالمسألة المستعجلة التى ترفع بصفة أصلية ، فإنه يجب التمييز بين مسائل ، ومنازعات التنفيذ المستعجلة ، وغيرها من المسائل :

(أ) :

إذا كانت المسألة ، أو المنازعة المستعجلة هى من مسائل ، ومنازعات التنفيذ :

إذا كانت المسألة ، أو المنازعة المستعجلة هى من مسائل ، ومنازعات التنفيذ ، فإن الإختصاص القضائى بها - **أيا كانت وسيلة رفعها** - ينعقد على سبيل الإستئثار لقاضى التنفيذ . حيث تنص المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات المصرى على أنه :

يختص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل فى جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أيا كانت قيمتها ، كما يختص باصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ .

ويفصل قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة " .

(ب) :

فى غير مسائل ، ومنازعات التنفيذ :

فى غير مسائل ، ومنازعات التنفيذ ، فإنه لتحديد الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة التى تثار بصفة أصلية ، يجب التمييز بين هذه المسائل بحسب إجراءات رفعها إلى القضاء العام فى الدولة :

الفرض الأول :

إذا رفعت المسائل المستعجلة التى تثار بصفة أصلية بواسطة عريضة :

إذا رفعت المسائل المستعجلة التى تثار بصفة أصلية بواسطة عريضة فإن الإختصاص القضائى بها ينعقد لقاضى الأمور الوقتية ، وفقا لما يستفاد من المقاربة بين نصوص المادتين (٤٥) ، (١٩٤) من قانون المرافعات المصرى .

فطبقا للمادة (١٩٤) من قانون المرافعات المصرى ، فإنه يثبت لقاضى الأمور الوقتية الإختصاص القضائى العام باصدار الأوامر على عرائض - **أيا كان موضوعها** - ولايتضمن نص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصرى أى استثناء على ذلك . فالإختصاص القضائى الذى تنظمه إنما ينصرف إلى المسائل المستعجلة التى ترفع بصفة أصلية ، وبطريق الدعوى القضائية ، وهو مايستفاد من تحديد نص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصرى لسلطة المحاكم المعينة فيه فى اصدار الأحكام القضائية الوقتية

والمستعجلة . وقاضى الأمور الوقتية هو بالمحكمة الإبتدائية رئيسها ، أو من يقوم مقامه ، أو من يندب لذلك من قضاتها ، وفى المحكمة الجزئية هو قاضيها " **المادة (٢٧) من قانون المرافعات المصرى** " .

والفرض الثانى :

إذا رفعت المسألة المستعجلة إلى القضاء بطريق الدعوى القضائية :

إذا رفعت المسألة المستعجلة إلى القضاء العام فى الدولة بطريق الدعوى القضائية ، فإن الإختصاص القضائى بها ينعقد فى دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية لمحكمة الأمور المستعجلة ، وهى تشكل من قاضى يندب من بين قضاة المحكمة الإبتدائية ، يكون له هذا الإختصاص القضائى – **دون غيره** – من المحاكم التى توجد فى هذه المدينة .

ومع ذلك ، فإنه وطبقا للمادة (٩٧٢) من قانون المرافعات المصرى ، فإن الإختصاص القضائى باتخاذ كافة التدابير الوقتية ، والتحفظية فى مسائل الولاية على المال ينعقد لمحكمة المواد الجزئية .

أما فى خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الإبتدائية ، فإن الإختصاص القضائى بهذه المسائل ينعقد لمحكمة المواد الجزئية " **المادة (٢/٤٥) من قانون المرافعات المصرى** " ، والتى تنظر فى الطلب القضائى المستعجل بوصفها محكمة للقضاء المستعجل ، وليس بوصفها محكمة للموضوع .

وفى مثل هذه الحالات ، فإن المحكمة الجزئية يمكن أن تجمع بين وصفى محكمة الموضوع ، والمحكمة المستعجلة ، مما يثير مشكلة حول تحديد مضمون مايجب أن تحكم به فى بعض الفروض ، كما فى الحالة التى يطلب فيها الحكم القضائى بصفة مستعجلة فى أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، أو رغم عدم توافر شروط الإستعجال ، وكان الطلب القضائى

مما يدخل فى اختصاصها القضائى العادى - **كمحكمة موضوع** - فهل تحكم بعدم اختصاصها بالمنازعة بالوصف الذى رفعت به إليها ؟ . أم أنها تحكم فيها باعتبارها منازعة موضوعية ، تندرج فى اختصاصها القضائى العادى أو الموضوعى ؟ .

رأيان يتنازعان المسألة المتقدمة ، لكل منهما وجها للقبول .

الرأى الأول :

يجد الرأى الأول سنده فى سلطة القاضى العام فى الدولة فى تكييف المسائل ، والمنازعات المطروحة عليه ، فله أن ينزل عليها التكييف القانونى الصحيح ، دون اعتداد بالوصف الذى أسبغه عليها الخصوم فى الدعوى القضائية .

فإذا رفعت المنازعة إلى المحكمة الجزئية بوصفها منازعة مستعجلة ، وقدرت المحكمة عدم توافر شروط الإستعجال ، فإنه يكون لها أن تسبغ عليها التكييف القانونى الصحيح ، وتحكم فيها بوصفها منازعة موضوعية ، مما تندرج فى اختصاصها كمحكمة موضوع .

فالمحكمة لاتملك القضاء بعدم اختصاصها فى هذه الحالة ، لأنها وإن كانت غير مختصة بنظر الدعوى القضائية على الوجه المرفوعة به ، فإنها تختص بنظرها وفقا لتكييفها القانونى الصحيح .

والرأى الثانى :

يجد الرأى الثانى سنده فى مبدأ أساسى ، يعد من أصول التقاضى ، وهو تقيد القاضى العام فى الدولة بحدود الطلبات القضائية المقدمة إليه ، فليس له أن يقضى بما لم يطلب منه ، أو بما يجاوز حدود الطلبات القضائية المقدمة إليه .

فمضمون الطلب القضائى الذى يقدم إلى المحكمة الجزئية - **وباعتبارها محكمة القضاء المستعجل** - هو الحكم القضائى بصفة مستعجلة فى الطلبات القضائية المطروحة عليها .

وإذ كان مناط اختصاص المحكمة فى هذه الحالة هو فى توافـر مفترضـات الإستعجال ، فإنه يجب عليها أن تحكم بعدم اختصاصها القضائى ، إذا قدرت عدم توافر مفترضات ، وشروط الإستعجال .

وهى لاتستطيع أن تحكم فى الطلب القضائى بصفتها محكمـة عاديـة ، أو محكمة موضوع ، وإلا تكون قد قضت بما لم يطلبـه الخصـوم منـها ، أو تجاوزت حدود الطلبات المقدمة إليها .

فالمدعى حال لجوئه إلى المحكمة ، قد حدد فى دعواه القضائيـة مضمـون الحكم القضائى الذى يهدف إليه ، وهو الحصول علـى الحمايـة القضائيـة المستعجلة . فإذا مافصلت المحكمة فى الدعوى القضائية باعتبارهـا دعـوى قضائية عادية ، أو موضوعية ، فإنها تكون قد قضت بما لم يطلـب منـها . وإذا عدل المدعى طلباته القضائية إلى طلب الفصل فى موضـوع الدعـوى القضائية ، فإن المحكمة الجزئية تلتزم فى هذه الحالة بنظر الدعوى القضائيـة والفصل فيها ، بوصفها محكمة للموضوع ، وإن كان لهذا الرأى وجه وجـيها للقبول ، إلا أنه يواجه مع ذلك بتحفظ أساسى . فالدعوى القضائية المسـتعجلة تخضع فى رفعها لنظام إجرائى مبسط ، وسريع - من حيث مواعيد الإعـلان القضائى ، وتكليف الخصم بالحضور أمام المحكمة - فتكون الخشية قائمـة من أن يعمد المتقاضين إلى التحايل على النظام الإجرائـى المرسـوم لرفـع الدعاوى القضائية العادية ، بأن يرفعوا دعاويهم القضائية الغـير مسـتعجلة بوصفها من الدعاوى القضائية المستعجلة ، وهو مايؤدى إلى اهـدار حقـوق المدعى عليهم فى مواعيد الحضور العادية .

فالمحكمة الجزئية يجب عليها أن تحكم - فى مثل هـذه الحـالات - بعـدم اختصاصها القضائى بنظر الدعوى القضائية علـى الوجـه المرفوعـة بـه ويمتنع عليها فى الوقت ذاته الفصل فى موضوعها ، لتجاوزها حدود مايطلب منها .

الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة التـى ترفـع بالتبعيـة لدعوى قضائية موضوعية :

إذا وجدت دعوى قضائية موضوعية ، منظورة بالفعل أمام محكمة الموضوع " **المحكمة الجزئية ، أو المحكمة الإبتدائية** " ، فإن الإختصاص القضائى بكافة المسائل المستعجلة المتعلقة بهذه الدعوى القضائية ينعقد لمحكمة الموضوع " المادة (٣/٤٥) **من قانون المرافعات المصرى** " .

ومثال ذلك ماتنص عليه المادة (٩٢١) من قانون المرافعات المصرى من أن لمستحق النفقة أن يستصدر أمرا من المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بتقدير نفقة وقتية .

وماتنص عليه المادة (١/٩٤١) من قانون المرافعات المصرى من أنه إلى أن يصدر قرار المحكمة الإبتدائية بتثبيت منفذ الوصية ، فيكون له أن يطلب من المحكمة – **وعلى وجه الإستعجال** – تسليمه أموال التركة ، باعتباره مديرا مؤقتا .

وشرط اختصاص محكمة الموضوع بالمسائل المستعجلة هو وجود صلة ، أو ارتباط بين هذه المسائل ، والدعوى القضائية الموضوعية المنظورة " المادة (٣/٤٥) **من قانون المرافعات المصرى** " .

ويناط تقدير توافر هذه الصلة ، أو ذلك الإرتباط للمحكمة ، والتى تعمل فى شأنه سلطتها التقديرية .

واختصاص محكمة الموضوع بالمسائل المستعجلة هو اختصاصا قضائيا تبعيا ، وليس أصليا ، ينعقد لها بصفة تبعية ، لنظرها الدعوى القضائية الموضوعية التى تتعلق بها ، وتثار بمناسبتها المسألة المستعجلة . فإذا زالت خصومة الدعوى القضائية الموضوعية ، فإنه يتلاشى اختصاص محكمة الموضوع بالدعوى القضائية المستعجلة .

وإذ يثبت لمحكمة الموضوع الإختصاص القضائى بنظر المسائل المستعجلة ، فإنها تكون محكمة للقضاء المستعجل ، تفصل فى هذه المسائل بتلك الصفة ، فلا يكون لها حال جلوسها للقضاء بهذه الصفة سلطات محكمة الموضوع ، فيمتنع عليها أن تفصل فى أصل الحق ، أو تبنى قضاءها عليه

واختصاص محكمة الموضوع بالدعوى القضائية المستعجلة يكون اختصاصا قضائيا جوازيا ، لايسلب محاكم القضاء المستعجل - والتى تختص بصفة أصلية - اختصاصها القضائى بالفصل فى هذه المسائل . فيكون الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة فى هذه الحالة مشتركا . ويكون طالب الحماية القضائية المستعجلة بالخيار بين أن يرفع الدعوى القضائية المستعجلة بطريق التبعية أمام محكمة الموضوع ، وبين أن يرفعها أمام محاكم القضاء المستعجل ، والتى تختص بها بصفة أصلية .

وإن كان هناك جانب من فقه القانون الوضعى المصرى يفضل لو أن المشرع الوضعى المصرى قد قصر الإختصاص القضائى بالمسائل المستعجلة فى هذه الحالة على محكمة الموضوع . فبحكم إلمام هذه المحكمة بكافة المسائل المثارة فى أبعادها ، ومناحيها ، وجوانبها المختلفة ، فإنها تكون هى الأقدر من غيرها على تقدير توافر الإستعجال ، وتلمسه من أوراق الدعوى القضائية ، وظروفها المطروحة عليها ، وعلى تقدير التدبير ، أو الإجراء الملائم ، والذى يتناسب مع ظروف الحالة ، وملابساتها .

كما أن حسن سير ، وانتظام القضاء العام فى الدولة يقتضى تفويض الأمر كله - بشقيه الموضوعى ، والوقتى - إلى هذه المحكمة .

شروط اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة :

يشترط لاختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة مايلى :

الشرط الأول :

توافر حالة إستعجال " تكـــون المنازعة مستعجلة بواقـــع حالها ، وليس بإرادة أطرافها " :

لاتمنح الحماية القضائية المستعجلة - **في كافـــة حالاتـــها ، ومختلـــف صورها** - إلا بتوافر الإستعجال . ولاتكون المنازعة مستعجلة لمجـــرد إرادة أطرافها ، أو رغبتهم في الحصول على قضاء مستعجل في شأنها .
كما أنه لايمكن أن يترك أمر تحديد المنازعة المســـتعجلة لتقديـــر القـــاضي الشخصي ، دون ضوابط محددة سلفا ، يجب عليه الإلتزام بها .

وقد ربطت المادة (١/٤٥) من قـــانون المرافعـــات المصـــري بيـــن الإستعجال ، والخشية من فوات الوقت . فيوجد إستعجالا ، إذا وجـــد خطـــرا من التأخير في حماية الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية علـــى وجـــه لايحتمل معه الإنتظار ، حتى يتســـنى للقضـــاء الموضوعـــي - **بإجراءاتـــه الطويلة ، والمتأنية ، والمعقدة في بعض الأحيـــان** - حمايتـــها موضوعيـــا فيهدد الإنتظار بوقوع أضرار جسيمة ، تكون بطبيعتـــها قابلـــة للإســـتنفاد ، بحيث لايكفي أي تدخل قضائي لاحق لإشباع المصالح التي أضيرت إشـــباعا تاما . **فلايوجد استعجال إلا بتوافر مجموعة من العناصر المتكاملة ، وهـــذه العناصر هي :**

العنصر الأول :

الخطر الداهم ، أو المحدق .

العنصر الثانـي :

الضرر المستنفد .

والعنصر الثالث :

عنصر الزمن ، أو الوقت .

وتظهر العناصر المتقدمة فى العديد من الأمثلة التى يذكرها المشرع الوضعى المصرى للمسائل المستعجلة ، ويعقد الإختصاص القضائى بها للقضاء المستعجل .

فدعوى اثبات الحالة ، لاتقوم - وكدعوى قضائية مستعجلة - إلا إذا كان يخشى ضياع معالم واقعة ، يحتمل أن تصبح محلا لنزاع أمام القضاء العام فى الدولة " المادة (١٣٣) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ " .

كما أن دعوى سماع الشاهد - والتى يختص بها القضاء المستعجل - لاتقوم إلا إذا وجدت الخشية من فوات فرصة الإستشهاد بشاهد ، على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء العام فى الدولة ، ويحتمل عرضه عليه " المادة (٩٦) من قانون الإثبات المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ " .

فيتوافر الإستعجال فى الحالات المتقدمة ، لأن فوات الوقت يؤدى إلى ضياع الحق ، أو المركز القانونى الموضعى ذاته - باختفاء دليله .

ومن الأمثلة التشريعية كذلك للدعوى القضائية المستعجلة :

ماتنص عليه المادة (٢/٧٣٠) من القانون المدنى المصرى من أنه يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة ، إذا كان صاحب المصلحة فى منقول ، أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة مايخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه .

وماتنص عليه المادة (٨٥٩) من القانون المدنى المصرى من أنه على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال ، والترميمات الازمة لمنع سقوط العلو ويجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة ويجب أن يترك تقدير توافر عناصر الإستعجال " الخطر الداهم ، أو المحدق ، الضرر المستنفد ، وعنصر الزمن ، أو الوقت " للقاضى المستعجل ، يبحث فى كل حالة على حدة - فى ضوء ظروفها ، وأوضاعها الخاصة -

يستلهم فيه خبرته القضائية ، وحسه القانوني المرهف ، مستهديا بالعناصر الثلاث المتقدمة .

ويجب على القاضي المستعجل - **وعند تقدير للإستعجال** - أن يعتد بطبيعة المنازعة ، دون التقيد بوصف الخصوم . فليست المنازعات المستعجلة هي التي يرغب ذوو الشأن في الحصول على أحكام قضائية مستعجلة بشأنها ، وإنما هي المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت طبقا للظروف ، والملابسات التي تحيط بالدعاوى القضائية ، والتي تقتضي حماية سريعة لمواجهة أخطار محدقة بالحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية المطلوب حمايتها ، أو المحافظة عليها .

كما أنه لاعبرة باتفاق الخصوم في هذا الشأن . فإذا اتفق الخصوم على عرض النزاع على قاضي الأمور المستعجلة ، دون أن يتوافر فيه شرط الإستعجال - **والذى ينعقد على أساسه اختصاص القاضي المستعجل** - فإنه يجب عليه - **ومن تلقاء نفسه** - أن يحكم بعدم اختصاصه ، لأن ذلك يتعلق بالإختصاص القضائي النوعي ، وهو من النظام العام في القانون الوضعي المصري .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **الإستعجال يتوافر في كل حالة إذا قصد من الإجراء المستعجل فيها منع ضرر مؤكد يتعذر تعويضه ، أو إصلاحه وينشأ الإستعجال من طبيعة الحق المطلوب صيانته ، ومن الظروف المحيطة به ، لامن فعل الخصوم ، أو اتفاقهم** " .

وبالرغم من ذلك ، فإن المشرع الوضعي المصري قد يتدخل ليسلب القاضي سلطته التقديرية في تقدير توافر الإستعجال في بعض الحالات ، فيكون الإستعجال فيها مفترضا بقوة القانون الوضعي المصري ، ولايكون للقاضي سلطة تقدير الإستعجال في مثل هذه الحالات ، وإنما يجب عليه التسليم بذلك وأن يحكم بالإجراء ، أوالتدبير المستعجل ، والذى يعينه المشرع الوضعي المصري ، بل إن هذا الإجراء ، أو التدبير يكون نافذا في بعض الحالات

بقوة القانون الوضعى المصرى ، ودون حاجة إلى النص القانونى الوضعى عليه - كنص المادتين (٢٨٨) ، (٢٨٩) من قانون المرافعات المصرى على شمول الأحكام القضائية الصادرة فى المواد المستعجلة ، والتجارية بالتنفيذ المعجل بقوة القانون الوضعى المصرى .

الشرط الثانى :

أن يكون المطلوب إجراء ، أو تدبيرا وقتيا ، لايتضمن مساسا بأصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى :

يحظر على القضاء المستعجل الفصل فى أصل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية ، أو المساس بها . فإذا كانت الحماية القضائية المستعجلة تبذل فى ظرف عجلة ، وسرعة ، ويتوقف نجاحها على سرعة تلبيتها - بمنحها قبل وقوع الأضرار ، أو قبل تفاقم آثارها - فإنه لن يكون أمام القاضى المستعجل متسعا من وقت ، يسمح له بأن يبحث فى أصل الحقوق ، أوالمراكز القانونية الموضوعية المراد حمايتها ، وأن يفصل فيها . فسلطة القضاء المستعجل تنحصر فى الأمر باتخاذ مجموعة من التدابير ، أو الإجراءات التحفظية ، أوالوقتية ، تحفظ الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية ، وتشبع المصالح المهددة إشباعا مؤقتا ، إلى أن يتمكن القضاء الموضوعى - وباجراءاته العادية - من الفصل فى النزاع حول أصل الحق أو المركز القانونى الموضوعى ، بحكم قضائى موضوعى ، تضمن الحجية القضائية التى تلازمه فرض مضمون ماقضى به على أطراف الخصومة القضائية فيه ، وتحول دون تجديد المنازعة حوله ، باجراءات الدعوى القضائية المبتدأة .

فالتدابير ، أو الإجراءات - وسيلة الحماية القضائية المستعجلة - هى تدابير تحفظية ، أووقتية ، لاتمس أصل الحق ، أو المركز القانونى

الموضوعى ، وينتهى مفعولها إما بزوال الخطر تلقائيا ، أو بصدور الحماية القضائة الموضوعية .

ويتمتع القاضى المستعجل بسلطة تقدرية واسعة فى تحديد التدبير ، أو الإجراء الوقتى ، أو التحفظى الذى يراه أكثر ملاءمة ، واتفاقا مع ظروف الحالة المعروضة عليه ، ولو كان ذلك مغايرا للتدابير التى يطلبها الطالب . فإذا ماطلب من القاضى المستعجل تعيين حارس على عقار ، مع تكليفه بتوزيع الريع على الشركاء ، فإنه يجوز له أن يأمر بتعيين الحارس ، وتكليفه بإيداع الريع خزينة المحكمة .

ومع الإتفاق حول القاعدة المتقدمة ، فإنه قد اختلف الرأى حول تأسيسها .

فيرى جانب من فقه القانون الوضعى المقارن أن سلطة القاضى المستعجل فى الأمر بتدبير ، أو إجراء وقتى ، أو تحفظى يكون مغاير لما يطالب منه هو مظهرا لسلطة أعم ، وأشمل ، يملك بمقتضاها القاضى المستعجل الحق فى تحوير الطلبات القضائية الموضوعية ، والتى تعتبر استثناء من مبدأ حياد القاضى العام فى الدولة ، والذى يستلزم تقييده بالطلبات المقدمة إليه من الخصوم فى الدعوى القضائية .

وتجد هذه السلطة أساسها فى إعمال قاعدة التحول فى نطاق الطلبات القضائية . وبمقتضاها ، يعترف للقاضى المستعجل بسلطة تحوير الطلبات القضائية الموضوعية - **والتى لايختص بها بحسب الأصل** - إلى طلبات قضائية مستعجلة ، ينعقد له الإختصاص القضائى بنظرها .

وتطبيقا لذلك ، فإن طلب تثبيت ملكية عقار - **وهو طلبا قضائيا موضوعيا** - لايختص به القاضى المستعجل ، ويمكن تحويره إلى طلب فرض الحراسة القضائية عليه ، فيصير طلبا قضائيا مستعجلا ، مما ينعقد الإختصاص القضائى بنظره للقاضى المستعجل .

والقاضى المستعجل يجب أن يغض النظر عن الطلب القضائى الموضوعى بعدم الإعتداد بالحجز ، وإن كان له أن يأمر - **بما له من سلطة**

فى تحوير الطلبات القضائية الموضوعية - بالإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى - والذى يتفق وطبيعة الإشكال المعروض عليه - وهو وقف البيع مؤقتا .

وقد انتقد هذا الرأى المتقدم ذكره ، على أساس أن الإعتراف القاضى المستعجل بسلطة فى تحوير الطلبات القضائية الموضوعية ، بالإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى الذى يتفق وطبيعة الإشكال المعروض عليه يشكل خروجا على القاعدة الأصولية لحياد القاضى العام فى الدولة ، والتى تلزمه بأن لايقضى إلا إذا قدم إليه طلبا قضائيا - وفى حدود مايقدم اليه من طلبات قضائية - فليس للقاضى العام فى الدولة أن يقضى بما لم يطلب منه القضاء به ، أو بما يتجاوز مايطلب منه .

فقاضى الأمور المستعجلة لايملك تحوير الطلب القضائى الوقتى إلى طلب قضائى موضوعى ، لأن المدعى هو الذى يحدد طلباته القضائية فى الدعوى القضائية ، ويكون الإعتراف للقاضى المستعجل بهذه السلطة هو استثناء من القواعد العامة . والإستثناء لايتقرر إلا بنص قانونى وضعى خاص ، يكشف عن ارادة واضحة للمشرع الوضعى المصرى فى الخروج على القواعد العامة . وفى غياب نصوص قانونية وضعية مصرية تقرر العمل بهذا الإستثناء ، فإن هذا الرأى يفتقد إلى أساس قانونى ، يكفى لحمله .

كما أن القواعد العامة للإختصاص القضائى بتحقيق الدعاوى القضائية والفصل فى موضوعها ترفض الركون إلى إرادة القاضى العام فى الدولة ، و لمجردة فى تحديد اختصاصه القضائى ، فهذه الإرادة تمثل معيارا شخصيا ، قلقا ، متغيرا ، وغير ثابت ، أو مستقر ، وهو مايصادر عن التنظيم القضائى مايجب أن يتصف به من موضوعية ، ثبات ، واستقرار .

فإذا قدم إلى القاضى المستعجل طلبا قضائيا موضوعيا يحتوى ضمنا على طلب قضائى وقتى ، فإن له أن يقضى فى هذا الطلب القضائى الأخير باعتباره طلبا قضائيا ضمنيا مطروحا عليه .

كما أنه **إذا قدم طلبا قضائيا** باتخاذ اجراء ، أو تدبير وقتى ، أو تحفظى محدد فإن للقاضى المستعجل أن يأمر باجراء ، أو تدبير آخر وقتى ، أو تحفظى ولايكون فى هذه الحالة قد قضى بغير ماطلب منه ، **لأن الطلب القضائى المستعجل هو** : طلبا بالحماية القضائية المستعجلة للحق من خطر محدد يتهدده .

وعلى ذلك ، فإذا قضى القاضى بأجراء يختلف عن الإجراء المطلوب منه القضاء به - **تماشيا مع اعتبارات المواءمة لظروف الحالة المعروضة عليه** - فإنه لايكون قد غير فى مضمون ماطلب منه ، وهو الحماية القضائية المستعجلة للحق ، أو المركز القانونى الموضوعى .

غير أن سلطة القاضى المستعجل فى القضاء بتدبير ، أو إجراء وقتى أو تحفظى ، يكون مخالفا لما طلب منه ، تتقيد بألايكون الإجراء المقضى به أكثر ضررا بالمحكوم عليه ، لأنه بذلك يتجاوز حدود الطلب القضائى الوقتى ويقضى بأكثر مماطلب منه القضاء به .

كما أنه وفى الحالات التى يحدد فيها المشرع الوضعى المصرى تدبيرا ، أو إجراء وقتيا ، أو مستعجلا معينا - **كحالات التنفيذ المعجل القضائى ، والتى تنص عليها المادة (٢٩٠) من قانون المرافعات المصرى . وماتنص عليه المادة (٣١٦) من قانون المرافعات المصرى من حق الدائن فى توقيع الحجوز التحفظية فى الحالات المحددة بها** - فإن القاضى إذا قرر الإستجابة إلى الطلب القضائى المستعجل ، فإنه يلتزم بالتدبير ، أو الإجراء الوقتى ، أو التحفظى المعين .

فالحماية القضائية المستعجلة تكون فى أساسها حماية قضائية وقائية ترمى إلى شل الخطر ، وتلافى وقوع الضرر ، أو وقفه عند الحدود التى بلغها ، والحيلولة دون تفاقمه ، واستنفاده لآثاره . ويحدد هذا الدور الوقائى نطاق وحدود نشاط القاضى المستعجل .

فإذا ماتستنفد الضرر كامل آثاره ، ولم يعد هناك من شئ يمكن توقيه ، فإنه لم يعد للقضاء المستعجل من دور يؤديه ، ولايكون أمام صاحب المصلحة سوى الإلتجاء إلى القضاء الموضوعى ، والذى يباشر نشاطه لرفع الضرر والتعويض عنه .

وتجد هذه الفكرة تطبيقا أساسيا فى إشكالات التنفيذ ، فباعتبارها من المنازعات المستعجلة ، فإنها يجب أن تبدى قبل تمام التنفيذ . فتمام التنفيذ ينفى الدور الوقائى ، والذى يمكن للقضاء المستعجل أن يؤديه ، ويضع عائقا أمام قبول إشكالات التنفيذ .

الشرط الثالث :

ألا يكون أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى محلا لنزاع جدى ، يحول دون ترجيح احتمال وجود الحق ،أو المركز القانونى المطلوب حمايته :

لأن الحماية القضائية المستعجلة للحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية تباشر قبل أن يتسنى التأكد من وجودها بواسطة القضاء العام الموضوعى ، فلا أقل من أن يرجح الظاهر وجودها .

لذلك ، فإن القضاء المستعجل لايبذل الحماية القضائية المستعجلة إلا إذا رجح لديه – **وبحسب الظاهر** – إحتمال وجود الحقوق ، أوالمراكز القانونية الموضوعية المطلوب حمايتها ، فهو يرجح احتمال وجودها ، ولايقطع بوجودها .

ونتيجة لذلك ، فإن أصل الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية تبقى محفوظة ، يتناضل فيها الخصوم أمام محاكم الموضوع ، ولاتتأثر بما أورده القضاء المستعجل فى شأنها .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " **جرى قضاء هذه المحكمة على أن اختصاص القضاء المستعجل يقف عند حد اتخاذ اجراء**

وقتى ، مبناه ظاهر الأوراق ، ولايمس أصل الحق . ومن ثم ، فإن التجاء الطاعنة إلى القضاء المستعجل ، وحصولها منه على حكم قضائى موقوت بطرد المستأجر – المطعون عليه – لايحول دون حقه فى الإلتجاء إلى محكمة الموضوع ، للفصل فى أصل النزاع " .

كما قضت كذلك بأنه : " **مساس القاضى المستعجل بالموضوع ليس من شأنه بطلان الحكم القضائى ، وإنما يكون تزيدا اضطراريا ، أو غير اضطرارى ، وفى كلتا الحالتين ، فإن موضوع الحق فى ذاته يبقى محفوظا سليما ، يتناضل فيه ذوو الشأن ، لدى جهة الإختصاص " .**

فالقاضى المستعجل يبنى حكمه على ترجيح احتمال وجود الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، يستقيه من ظاهر الأوراق ، والمستندات ، ومن التحقق من وجود قاعدة قانونية تحمى بصفة مجردة الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى المطلوب حمايته ، ويكون له تفسير عبارات النصوص القانونية الوضعية ، والإجتهاد فى تأويلها ، وتحديد مضمونها ، والكشف عن مدلولاتها .

كما يقوم ببحث سطحى لوقائع الدعوى القضائية – **لايتعمق فيه فى بحث أدلة الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية ، والمستندات المتعلقة بها** – يكشف بواسطته عن احتمالات وجود الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى

ولقد قضى تطبيقا لذلك بأنه : " **إذا جاز للقاضى المستعجل أن يبحث مستندات الخصوم بحثا عرضيا يتحسس به مايحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب ، فإنه يمتنع عليه أن يأمر باجراء مقتضاه تطبيق هذه المستندات على الطبيعة ، لمعرفة ماإذا كانت تنطبق على العين موضوع النزاع ، أو لاتنطبق ، لمساس ذلك بأصل الحق ، بل إن عليه فى هذه الصورة أن يترك الأمر لقاضى الموضوع وليس له أن يقطع فى شأنها برأى حاسم ، بل إنه يحكم بناء على ظاهرها دون أن يكون له تفسيرها أو تاويلها " .**

كما قضى كذلك بأنه : " **القاضى المستعجل ممنوعا من تفسير الأحكام القضائية الواجبة التنفيذ ، فإذا غم عليه الأمر ، فإنه يجب عليه التخلى عن النزاع ، وترك الفصل فيه لمحكمة الموضوع ، لتقول كلمتها فيه ، وإلا خرج عن نطاق اختصاصه ، ومس أصل الحق المتنازع عليه** " .

وإذا كان القضاء المستعجل يقوم على ترجيح وجود الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، فإن المنازعة الجدية التى تثور حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى تكون عقبة أمام اختصاصه القضائى بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة ، لأنه لم يبق ظاهرا منها مايسعف القاضى المستعجل فى ترجيح احتمال وجودها .

فتخلف المنازعة الجدية حول أصل الحق ، أو

المركز القانونى الموضوعى يكون شرطا لاختصاص القاضى المستعجل . فإذا وجدت منازعة جدية حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى فإن على القاضى المستعجل أن يحكم بعدم اختصاصه ، لأنه لايستطيع أن يفصل فيها ، وإلا يكون قد قضى عندئذ فى أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، وهو مايكون محظورا عليه .

ويشترط فى المنازعة التى تثار حول أصل الحق ، أو المركوز القانونى الموضوعى أمام القضاء المستعجل ، وتكون عقبة أمام اختصاصه القضائى بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة أن تكون حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، فلا ترتب المنازعة هذا الأثر إذا كان موضوعها هو ملاءمة ، أو فاعلية ، أو ضرورة التدابير ، أو الإجراءات الوقتية ، أو المستعجلة .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **تصدى القاضى المستعجل فى الدعوى القضائية بطرد حائز العقار ، مع توافر السند الجدى لدى الحائز ، يعتبر تصديا منه للفصل فى نزاع موضوعى بحت ، لاولاية له فى البت فيه** " .

ولايكفى أن تكون المنازعة حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، وإنما يجب أن تثار من أحد أطراف رابطة الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، لأنهم هم وحدهم أصحاب الصفة ، والمصلحة في إثارة هذه المنازعة . فالمنازعة من غيرهم لاترتب أثرها فى تجهيل الحق أو المركز القانونى الموضوعى ، فيصير حقا ، أو مركزا قانونيا موضوعيا متنازعا عليه .

ولايكفى احتمال وجود المنازعة ، وإنما يجب أن تثار بالفعل أمام القضاء المستعجل ، ولايوجد ميعادا محددا يجب اثارتها خلاله ، فيمكن اثارتها في أى وقت ، أثناء نظر الدعوى القضائية المستعجلة ، وقبل صدور الحكم القضائى فيها .

ولايكفى وجود المنازعة الجدية حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى فى ذاته ، حتى تكون عقبة أمام اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة ، وإنما يجب أن يكون من شأن هذه المنازعة تجهيل الحقوق ، أو المراكز القانونية الموضوعية المطلوب حمايتها حماية قضائية مستعجلة ، بحيث يصعب التعويل على الظاهر ، لتحديد الراجح منها .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **إذا لم يسعف الوضع الظاهر القاضى المستعجل ، واستشكل عليه تحديد الحقوق الظاهرة الجديرة بالحماية ، أو لم يعد أصل الحق واضحا وضوحا يستأهل حماية القضاء المستعجل ، فإنه يجب عليه الإمتناع عن منح الحماية القضائية المستعجلة " ، وتقدير توافر الجدية فى المنازعة حول أصل الحق ، هو من المسائل المنوطة بالقاضى المستعجل ، يعمل فى شأنها سلطته التقديرية ، ولامحل للنعى ، أو التثريب عليه ، طالما كان حكمه قائما على أسباب سائغة ، منتجة فيه " .**

الإرتباط بين الإختصاص القضائى ، وموضوع الدعوى القضائية المستعجلة :

توافر الشروط الثلاث المتقدمة يكون مفترضا لازما لقيام اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة . فتخلف إحداها يؤدى إلى تخلف اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة . فإذا ماقضى القاضى المستعجل بالحماية القضائية المستعجلة ، رغم تخلف شرط من شروط اختصاصه القضائى بها ، فإنه يكون قد قضى بما يتجاوز اختصاصه القضائى ، وبما يخرج عن سلطته القانونية ، وهو مايستوجب إلغاء حكمه القضائى ، حال الطعن فيه .

والعبرة فى تقدير توافر شروط الإختصاص القضائى النوعى للقضاء المستعجل بنظر الدعاوى القضائية المستعجلة هى بوقت صدور الأحكام القضائية فى الدعاوى القضائية المستعجلة .

فإذا كانت القاعدة العامة المطبقة فى خصوص الدعاوى القضائية العادية غير المستعجلة هى أن الإختصاص القضائى بنظرها يتحدد بالنظر إلى وقت تقديم الطلب القضائى ، أو رفع الدعوى القضائية أمام المحكمة المختصة تحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، فإن الدعاوى القضائية المستعجلة تخضع لقاعدة أخرى . مفادها ، أن الإختصاص القضائى بنظرها يتحدد بالنظر إلى وقت صدور الحكم القضائى ، أو القرار المستعجل . ومن ثم ، فإنه إذا رفعت الدعوى القضائية إلى القاضى المستعجل ، دون أن تتوافر فيها شروط اختصاصه القضائى بنظرها ، فإن اختصاصه القضائى المستعجل بها ينعقد مع ذلك ، إذا توافرت هذه الشروط فى أى قت لاحق ، أثناء نظر الدعوى القضائية ، وقبل صدور الحكم القضائى فيها .

وعلى العكس من ذلك ، إذا توافرت شروط الإختصاص القضائى للقاضى المستعجل وقت رفع الدعوى القضائية المستعجلة إليه ، ثم زالت هذه الشروط

أو بعضها فى وقت لاحق أثناء نظرها ، وقبل صدور الحكم القضائى فيها - **كأن تزول حالة الإستعجال ، أو أن تثور منازعة جدية حول أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى** - فإن اختصاص القاضى المستعجل ينحسر فى هذه الحالة ، ويتعين عليه أن يقضى بعدم اختصاصه بنظر الدعوى القضائية المرفوعة إليه . وتطبق هذه القاعدة فى أية مرحلة تكون عليها الدعوى القضائية المستعجلة - **سواء كانت فى مرحلة الدرجة الأولى ، أم فى مرحلة الإستئناف** .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **القاضى المستعجل يجب أن يحكم بعدم اختصاصه بالدعوى القضائية المستعجلة باخلاء المستأجر من العين المؤجرة ، لعدم الوفاء بدين الأجرة ، إذا قام المستأجر فى أى وقت أثناء نظر الدعوى القضائية ، وقبل صدور الحكم القضائى فيها بالوفاء بالأجرة المتأخرة** " .

يشترط لاختصاص القضاء المستعجل بالدعاوى القضائية المستعجلة أن تكون داخلة فى الإختصاص القضائى الولائى لجهة المحاكم :

محاكم القضاء المستعجل - **سواء كانت محاكم مخصصة ، أو محاكم للموضوع** - هى من التشكيلات التى تندرج فى جهة المحاكم ، أو جهة القضاء العادى . ومن ثم ، **يجب عليها أن تلتزم حدود ولاية الجهة التى تتبعها** .

فحيث لاتكون لجهة المحاكم ولاية بنظر مسألة معينة ، فإنه لاتكون لمحاكم القضاء المستعجل ولاية بنظرها ، رغم أنها لاتصدر إلا مجرد أحكاما قضائية مستعجلة .

ويستوى فى ذلك أن تكون هذه المسألة مماتخرج عن ولاية القضاء العام فـى الدولة الحديثة فى عمومه ، أو مما تخرج عن ولاية جهة المحاكم ، لدخولـها فى ولاية جهة قضاء أخرى .

فيخرج عن اختصاص القضاء المستعجل - ولو توافرت ظروف الإستعجال - الفصل فى الطلبات القضائية المتعلقة بعدم الإعتداد بـالقرار الإدارى ، أو وقف تنفيذه ، أو إثبات الحالة المتعلقة بالعقود الإدارية ، لما فيه من اعتـداء على جهة القضاء الإدارى .

ذلك أن القضاء المستعجل – **وباعتباره ضمن تشكيلات جهة القضاء العـادى** – يكون مقيدا بحدود ولاية الجهة التى يتبعها .

كما أن الدعوى القضائية المستعجلة هى دعوى قضائيـة مسـاعدة لدعـوى قضائية موضوعية . فإذا كانت هذه الدعوى القضائية لاتدخـل فـى ولايـة القضاء العادى ، فإن الدعوى القضائية المستعجلة تخرج عـن الإختصـاص القضائى الولائى لمحكمة الأمور المستعجلة ، أو المحكمة الجزئية .

فإذا كان المطلوب فى الدعوى القضائية هو اتخاذ إجراء ، أو تدبير وقتـي ، أو تحفظى ، يتعلق بعمل من أعمال السيادة ، أو بمنازعة إدارية ، فـإن هـذ المسائل تخرج عن ولاية القضاء العادى . ومن ثم ، تخرج عن اختصـاص القضاء المستعجل .

وتطبيقا لذلك ، لايختص قاضى الأمور المسـتعجلة ، أو القـاضى الجزئـى بنظر جميع المنازعات الإدارية المستعجلة – **سواء كانت هـذ المنازعـات ناشئة عن عقود إدارية ، أو مترتبة على قرارات ادارية .**

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **حيث أن القـاعدة الأصوليـة أن القضـاء المستعجل يكون فرعا من القضاء المدنى . ويترتب على ذلك ، أنـه حيـث تخرج المنازعة الموضوعية من ولايـة القضـاء العـادى ، فـإن شـقها المستعجل يخرج بالتالى عن اختصاص القضاء المستعجل ، إذ مادام الأصل غير مختص بنظر الموضوع ، فإن الفرع لايختص بنظر الشق المسـتعجل**

فيه ، فهو يستمد ولايته من ولاية الجهة التى يكون تابعا لها ، وتنبثق عنها . وأنه إذا اتضح للقاضى المستعجل أن الدعوى القضائية المستعجلة المرفوعة أمامه خارجة عن اختصاصه وظيفيا لدخولها فى ولاية جهة قضاء أخرى ، فإنه يتعين عليه أن يقرن الحكم بعدم الإختصاص القضائى الولائى بإحالة الدعوى القضائية إلى المحكمة المختصة وظيفيا بنظرها وفيما يتعلق بالمنازعات المستعجلة المتعلقة بالحجوز الإدارية ، فقد رؤى خضوعها لاختصاص القضاء العادى فيختص القضاء المستعجل بالطلبات القضائية المستعجلة المترتبة على هذه الحجوز ، ويستطيع أن يحكم ببطلان اجراءاتها ، أو الغائها ، أو وقف اجراءات البيع ، على أساس أن الحجز الإدارى يكون وسيلة من وسائل التنفيذ ، تمكن الحكومة من الحصول على مستحقاتها لدى الأفراد ، كما يختص القضاء العادى بنظر تفسير اللوائح الإدارية ، لأنها لاتعد من قبيل الأعمال الإدارية ، وإنما هى فى حقيقتها تكون تشريعا ، يخضع لتفسير القضاء العادى ، وفيما يتعلق بالقرارات الإدارية المنعدمة ، فإن القضاء المستعجل يختص بنظرها ، ليوقف تنفيذها " .

الحكم القضائى الصادر بعدم اختصاص القاضى المستعجل بالدعوى القضائية المرفوعة بصفة مستعجلة يستنفد سلطته بالنسبة لموضوعها :

إذا أصدر القاضى حكما قضائيا قطعيا ، فإنه يستنفد ولايته فى خصوص المسألة التى فصل فيها .

وقاعدة استنفاد الولاية يعمل بها بالنسبة لكافة الأحكام القضائية القطعية الصادرة فى الخصومة القضائية - أيا كانت المادة ، أو المسألة التى فصلت فيها .

ومع ذلك ، فإن إعمالها يؤدى إلى نتائج مختلفة بحسب ماإذا كانت الدعــوى القضائية التى فصل فيها الحكم القضــائى القطعــى هــى دعــوى قضائيــة موضوعية غير مستعجلة ، أم دعوى قضائية مستعجلة .

ففى الدعاوى القضائية العادية ، أو غير المستعجلة ، فإنــه مــن المقــرر أن استئناف الأحكام القضائية الصادرة فيها بعدم الإختصاص القضائى لايطــرح على المحكمة الإستئنافية إلا مسألة الإختصــاص القضــائى وحدهــا ، دون الموضوع . وسبب ذلك ، هو اختلاف الإختصاص القضائى عــن موضــوع مثل هذه الدعاوى القضائية .

فلأن الحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضــائى لايفصــل إلا فــى مسألة الإختصاص القضائى وحدها ، فإنه يستنفد سلطة القاضى بالنسبة لــهذه المسألة . ولذا ، تتقيد سلطة محكمة الإستئناف فى حدود ما فصل فيه قضــاء أول درجة ، دون المسائل التى لم يفصل فيها . فإذا ماقررت إلغــاء الحكــم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى ، فإنها لاتفصل فــى موضــوع الدعوى القضائية ، والذى يظل محجوزا لقضاء أول درجة ، لأنه لم يقل فيــه كلمته بعد .

فمحكمة الطعن لاتتصدى إلا لما فصلت فيه الأحكام القضائية المطعون فيــها واستنفدت المحاكم التى أصدرتها ولايتها فى شأن المسائل التى فصلت فيــها . أما فى الدعاوى القضائية المرفوعة بصفة مستعجلة ، ولارتباط الإختصــاص القضائى بموضوعها ، فإن الحكم القضــائى الصــادر بعــدم الإختصــاص القضائى – لعدم توافر شروط اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعــوى القضائية المستعجلة – يتضمن حتما قضاء فى موضوع الطلــب القضــائى برفض منح الحماية القضائية المستعجلة ، لعدم توافر مفترضاتــها . ولذلــك فإن الحكم القضائى الصادر لايتضمن قضاء قطعيا فى مســألة الإختصــاص القضائى فحسب ، وإنما أيضا قضاء قطعيا فى موضوع الدعــوى القضائيــة المستعجلة ذاتها .

وإذ يتضمن الحكم القضائى الصادر فى هـذه الحالـة قضـاء قطعيـا فـى الإختصاص القضائى ، وموضوع الدعوى القضائية ، فإنـه يـترتب علـى صدوره استنفاد سلطة القاضى المستعجل فى مسألة الإختصـاص القضـائى وموضوع الدعوى القضائية على حد سواء .

ونتيجة لذلك ، فإن الطعن بالإستئناف فى هذا الحكم القضائى يطـرح علـى محكمة الدرجة الثانية المسألتين معا ، فإن هى قضت بإلغاء الحكم القضـائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى ، وباختصاص القضاء المستعجل ، فإنـه يجب عليها أن تفصل فى موضوع الطلب القضائى ، فتمنح الحماية القضائيـة المستعجلة بتقرير ماتقدر كفايته من تدابير ، أو إجراءات تحفظية ، أو وقتيـة - لزوم هذه الحماية القضائية .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **محكمة ثانى درجة إذا قضت فى موضـوع الدعوى القضائية المستعجلة لم تكن بصدد حالة من حالات التصدى ، بـل كانت تفصل فى طعن بالإستئناف رفع عن حكم قضائى . وإن قضـت فـى منطوقه بعدم الإختصاص القضائى إلا أنها أقامت قضاءها بذلك على أسباب تناولت موضوع الطلبات بالدعوى القضائية المسـتعجلة ، مـن شـأنها أن تؤدى إلى رفضها ، ولما كانت هذه الأسباب بالذات هى موضوع الإسـتئناف فإن استئناف الحكم القضائى الصادر فى هذه الحالة يكون قـد نقـل إلـى محكمة ثانى درجة موضوع الدعوى القضائية المستعجلة بجميع عناصره** "

كما قضى كذلك بأنه : " **متى كان الحكم القضائى الصادر - وإن قضى فـى منطوقه بعدم الإختصاص القضائى - قد أقام قضائه فى ذلك على أن تصدى قاضى الأمور المستعجلة لتفسير سند الوكالة ، لتعـرف حـدوده ، ومـداه ممايمتنع عليه ، لمساسه بأصل الحق ، فإن استئناف هذا الحكم القضـائى الصادر فى هذه الحالة ينقل إلى المحكمة الإسـتئنافية الدعـوى القضائيـة المستعجلة بكافة عناصها** " .

أثر الإرتباط فى إعمال نظام الإحالة أمام القضاء المستعجل :

تفرض المادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها بالدعوى القضائية المرفوعة أمامها أن تأمر – وفى ذات الحكم – باحالة الدعوى القضائية بحالتها إلى المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها .

وباطلاق عبارته ، فإن مجال تطبيق نص المادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى يشمل كافة الأحكام القضائية الصادرة بعدم الإختصاص القضائى بتحقيق الدعاوى القضائية ، والفصل فى موضوعها – أيا كان أساس عدم الإختصاص القضائى ، ومبناه " عدم اختصاص قضائى نوعى أو عدم اختصاص قضائى محلى " ، وأيا كانت طبقة المحكمة التى أصدرتها " محكمة جزئية ، أو محكمة إبتدائية " ، أو درجتها " محكمة أول ، أو ثانى درجة " ، وأيا كانت مادة الدعوى القضائية ، وموضوعها " دعاوى قضائية عادية " أو موضوعية " ، أو دعاوى قضائية مستعجلة " .

ومفاد ظاهر هذا الإطلاق هو التزام القضاء المستعجل بتطبيق نص المادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى فى كل حالة يقرر فيها عدم اختصاصه القضائى النوعى بنظر الدعوى القضائية المستعجلة المرفوعة إليه فيلتزم بأن يقرن حكمه القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى بالأمر باحالة الدعوى القضائية المستعجلة إلى محكمة الموضوع المختصة بتحقيقها والفصل فى موضوعها .

ولكن هذا الإطلاق لايصادفه صحيح تطبيق بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة بعدم الإختصاص القضائى النوعى بالدعاوى القضائية التى ترفع بصفة مستعجلة ، لأن الإحالة لعدم الإختصاص القضائى النوعى تقوم على أن المحكمة التى رفعت إليها الدعوى القضائية غير مختصة بتحقيقها والفصل فى موضوعها . ولذلك فإنها تقضى بعدم الإختصاص القضائى دون أن تمس موضوع الدعوى القضائية . لذلك ، فإن المحكمة الأولى تأمر

باحالة الدعوى القضائية إليها ، ولتخلف ذلك كله فى حالة الأحكام القضائية الصادرة من القضاء المستعجل بعدم اختصاصه نوعيا بالدعاوى القضائية التى ترفع إليه بصفة مستعجلة - **لتخلف شرط اختصاصه القضائى بها** - فإن الحكم القضائى الصادر بعدم الإختصاص القضائى عندئذ يتضمن قضاء قطعيا فى موضوع الدعوى القضائية المستعجلة برفض الطلب القضائى لعدم توافر مقتضيات الحماية القضائية المستعجلة . وبقضائها فى موضوع الدعوى القضائية المستعجلة ، فإن خصومة هذه الدعوى تنتهى ، ولايتبقى منها شيئا يستحق الإحالة إلى محكمة أخرى .

فالإحالة فى هذه الحالة ترد على عدم ، ولأن المطلوب فى الدعوى القضائية المستعجلة هو الحماية القضائية المستعجلة للحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية المهددة - **وهو مالاتختص به استقلالا محاكم الموضوع** - فإن مفترض الإحالة يتخلف ، فلايكون لها محل بعد تخلف مفترضاتها ، ولايمكن التحايل على ذلك بالقول بأن القاضى المستعجل يملك سلطة تحوير الطلبات القضائية الموضوعية المقدمة إليه ، من طلب قضائى وقتى ، إلى طلب قضائى موضوعى . ومن ثم ، ينعقد الإختصاص القضائى لمحكمة الموضوع فتصح الإحالة إليها .

فالقواعد العامة المعمول بها تقيد القاضى بالطلبات القضائية المقدمة من الخصوم فى الدعوى القضائية ، وتنكر عليه سلطة تعديلها ، والتغيير فيها . وبتخلف مفترضات تطبيق نظام الإحالة على هذا النحو ، فإن الأحكام القضائية الصادرة من القضاء المستعجل بعدم اختصاصه نوعيا بالدعاوى القضائية التى ترفع إليه بصفة مستعجلة لاتتضمن أمرا باحالة الدعوى القضائية إلى محكمة الموضوع .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه :" **قضاء قاضى الأمور المستعجلة بعدم اختصاصه القضائى النوعى بنظر الدعوى القضائية**

ينهى الخصومة القضائية أمامه ، ولايبقى منها مايجوز إحالته لمحكمة الموضوع ، وفقا للمادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى .

أولا :

لأن هذا القضاء يتضمن رفضا للدعوى القضائية ، لعدم توافر الشرطين اللازمين لقبولها : وهما الإستعجال ، وعدم المساس بأصل الحق أو المركز القانونى الموضوعى .

وثانيا :

لأن المدعى طلب فى الدعوى الأمر باتخاذ إجراء ، أو تدبير وقتى ، أو تحفظى ، وهذا الطلب لاتختص به استقلالا محكمة الموضوع ، ولاتملك المحكمة تحويره من طلب قضائى وقتى ، إلى طلب قضائى موضوعى ، لأن المدعى هو الذى يحدد طلباته فى الدعوى القضائية " .

كما قضت كذلك بأنه : " إذا تبين للقاضى المستعجل أن المطلوب فيه - بحسب الطلبات القضائية الأصلية ، أو المعدلة - فصل فى أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى ، فإنه يتعين عليه أن يتخلى عن الفصل فى الدعوى القضائية ، ويحكم بعدم اختصاصه القضائى بنظرها ، ويحيلها إلى محكمة الموضوع . وإذا كان البين من الأوراق أن الدعوى القضائية كانت قد رفعت ابتداء بطلبين قضائيين . وهما : الطرد ، والتسليم ، وكان الطلبان القضائيان مؤسسين على ملكية المطعون ضدها للأطيان موضوع النزاع وغصب الطاعن لها ، فإنهما بهذه المثابة يكونان طلبان قضائيان موضوعيان ، رفعا خطأ إلى محكمة الأمور المستعجلة . فى حين أن المحكمة المختصة بهما هى محكمة الموضوع . ويكون الحكم القضائى إذ قضى بعدم اختصاصه القضائى بنظرها ، والإحالة قد أصاب صحيح القانون " .

ومع ذلك ، فإنه قد توجد بعض الحالات المحدودة التى يجد فيها القاضى المستعجل نفسه ملزما بأن يقرن حكمه القضائى بعدم الإختصاص القضائى بالأمر باحالة الدعوى القضائية المرفوعة إليه إلى محكمة الموضوع . **ومثال ذلك : أن يرفع إليه** طلب بتقرير حماية قضائية موضوعية – **كدعوى تثبيت ملكية ، أو دعوى تعويض عن أضرار ناجمة عن خطأ منسوب للمدعى عليه** – ففى مثل هذه الحالات ، وماشابهها ، فإن القاضى المستعجل يلتزم بأن يقضى بعدم اختصاصه القضائى النوعى بنظر الدعوى القضائية وباحالتها إلى محكمة الموضوع المختصة بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها عملا بالمادة (١/١١٠) من قانون المرافعات المصرى .

وفى تقريره بالإحالة فى مثل هذه الحالات ، فإن القاضى المستعجل لايغير فى طلبات الخصوم فى الدعوى القضائية ، أو يحور فيها ، وإنما يعمل مقتضاها .

والأحكام القضائية الصادرة بعدم الإختصاص القضائى لاتتضمن فى مثل هذه الحالات قضاء فى موضوع الدعوى القضائية ، ولايعتبر ذلك من قبيل الإستثناء من قاعدة ارتباط الإختصاص القضائى بموضوع الدعوى القضائية لدى القضاء المستعجل ، لأن نطاق تطبيق هذه القاعدة يقتصر على الدعاوى القضائية المستعجلة – دون **الدعاوى القضائية الموضوعية** .

كما يطبق نظام الإحالة أيضا إذا رفعت الدعوى القضائية بصفة مستعجلة ثم عدل المدعى فى طلباته القضائية إلى طلب الحماية القضائية الموضوعية بالقضاء فى أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى .

الإجراءات فى الدعاوى القضائية المستعجلة :

نظرا لظروف الإستعجال المقترنة بالدعاوى القضائية المستعجلة ومراعاة لمقتضيات السرعة التى تتطلبها هذه الدعاوى القضائية . فقد بسط المشرع الوضعى المصرى إجراءاتها ، وقصر مواعيدها ، وعجل بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة فيها . فقد جعل المشرع الوضعى المصرى ميعاد

الحضور فى الدعاوى القضائية المستعجلة أربع ، وعشرون ساعة ، ويجوز فى حالة الضرورة نقص هذا الميعاد ، وجعله من ساعة إلى ساعة ، وبشرط أن يحصل الإعلان للخصم نفسه ، إلا إذا كانت الدعوى القضائية من الدعاوى القضائية البحرية " **المادة (٢/٦٦) من قانون المرافعات المصرى " .**

ولم يجعل المشرع الوضعى المصرى رفع الدعوى القضائية المستعجلة مقصورا على الطريق المعتاد لرفع الدعاوى القضائية - **وهو ايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة المختصة بتحقيقها ، والفصل فيها** - وإنما أجاز رفعها شفاهة أمام المحاكم المختصة ، بطريق التبعية للدعوى القضائية الموضوعية المنظورة أمامها .

ولايلتزم المدعى عليه فى الدعاوى القضائية المستعجلة بأن يودع مذكرة بدفاعه ، يرفق بها مستنداته ، قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى القضائية بثلاثة أيام على الأقل - **كما هو الشأن فى سائر الدعاوى القضائية الأخرى " المادة (٤/٦٥) من قانون المرافعات المصرى - والمعدلة بالقانون المصرى رقم (١٨) لسنة (١٩٩٩) ، والخاص بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، وقانون الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية ، وقانون الرسوم القضائية ، ورسوم التوثيق فى المواد المدنية " .**

كما أجاز المشرع الوضعى المصرى نظر الدعوى القضائية المستعجلة فى الجلسة الأولى ، ولو تخلف المدعى عليه عن الحضور " المادة **(١/٨٤) من قانون المرافعات المصرى " .**

وميعاد استئناف الأحكام القضائية المستعجلة يكون خمسة عشر يوما **- أيا كانت المحاكم التى أصدرتها " المادة (٢/٢٢٧) من قانون المرافعات المصرى " .**

كما لم يشترط القانون الوضعى المصرى أن تتم اجراءات التقاضى فى الدعاوى القضائية المستعجلة أثناء مواعيد العمل الرسمية ، وإنما يجوز أن ينعقد مجلس القضاء المستعجل فى منزل القاضى ، أو فى أى مكان آخر يتفق عليه " **المادة (١/٣١٢) من قانون المرافعات المصرى** " .

والدعاوى القضائية المستعجلة لاتتدخل فيها النيابة العامة ، حتى لايؤدى تدخلها إلى تأخير الفصل فيها .

كما أجاز القانون الوضعى المصرى تنفيذ الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية المستعجلة بموجب مسودته ، وبغير إعلان " **المادة (٢٨٦) من قانون المرافعات المصرى** " ، ودون حاجة لانتظار حصول المحكوم له على صورة تنفيذية منه .

وأجاز المشرع الوضعى المصرى تنفيذ الحكم القضائى المستعجل معجلا بقوة القانون الوضعى المصرى – **أيا كانت المحكمة التى أصدرته** – كما جعل الأصل هو عدم تقديم كفالة من المحكوم له ، إلا إذا نص الحكم القضائى المستعجل على دفعها " **المادة (٢٨٨) من قانون المرافعات المصرى** " .

حجية الأحكام القضائية المستعجلة :

تقوم الأحكام القضائية المستعجلة على ظروف طارئة ، وأسباب عاجلة تتطلب اتخاذ إجراءات ، أو تدابير وقتية ، وسريعة ، لمواجهة هذه الظروف . ولذلك ، تكون مرهونة بوجود الظروف التى صدرت على أساسها ، وتحوز حجية قضائية مؤقتة ، تجيز للقاضى الذى أصدرها أن يعيد النظر فيها ، على ضوء الظروف الجديدة .

فيجوز للقاضى المستعجل أن يرجع فى قراراته ، أو أن يعدل فيها . فإذا كان قد أصدر قرارا بتعيين حارس على المال المتنازع عليه ، فإنه يستطيع أن يصدر قرار بانهاء الحراسة على هذا المال ، إذا زال الخطر الذى يهدده .

كما يجوز تعديل الحكم القضائي الصادر بنفقة وقتية ، على ضوء ظروف الدائن ، والمدين .

ولايجوز للقاضي المستعجل أن يعدل قراراته ، أو أن يلغيها ، إلا إذا حدث تغييرا في المراكز القانونية للخصوم ، والظروف التي صدرت على أساسها كما أن الأحكام القضائية المستعجلة لاتحوز الحجية القضائية أمام محكمة الموضوع - والتي تفصل في أساس الحق ، أو المركز القانوني الموضوعي المتنازع عليه . ومن ثم ، فإنها لاتتقيد بما انتهى اليه قاضي الأمور المستعجلة في قضائه الوقتي ، أو المستعجل ، والقائم على مجرد تلمس الظاهر من الأوراق .

فيجوز لقاضي الموضوع أن يحكم بتمكين المستأجر من العين المؤجرة والذي حكم القاضي المستعجل بطرده منها .

كما يجوز لقاضي الموضوع أن يحكم بانقضاء المديونية ، بالرغم من حكم القاضي المستعجل بتقرير نفقة مؤقتة للمدعي - باعتباره دائنا .

مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة [1] :

مادام أن الحق ، أو المركز القانوني الموضوعي من المسائل التي يجوز فيها التحكيم ، فإن المنازعات المستعجلة المتعلقة به تكون بالضرورة ممايجوز التحكيم فيها [2] .

---

(1) أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٤١٧ ومايليه ص ٤٠٩ ومابعدها .

(٢) أنظر : أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٥ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٢ ص ١٥١ .

إذ مادام أن القانون الوضعى قد أجاز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان** ، **أم مشارطة** - بشأن المنازعات الموضوعية ، فإنه يجيز - **ومن باب اولـــى** - عرض المنازعات المستعجلة على التحكيم أيضا ، بدلا من عرضـــها علـــى المحاكم العادية فى الدولة .

ولكن من يملك اتخاذ هذه الإجراءات التحفظية ، أوالوقتية بعد الإتفاق علـــى التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** ؟ . هل تختص هيئـــة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنظر الـــنزاع فـــى شـــقيه الموضوعى ، والمستعجل ؟ . أم تبقى لقاضى الأمور المستعجلة سلطاته فـــى اتخاذ مثل هذه الإجراءات ، رغم وجود الإتفاق على التحكيم ؟ .

لاجدال فى أن مجرد الإتفاق على التحكيم - **شـــرطا كـــان** ، **أم مشـــارطة** - لايمنع الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من الإلتجاء إلـــى قاضى الأمور المستعجلة ، طلبا لاتخاذ أى إجراء ، أو تدبـــير تحفظـــى ، أو وقتى ، طالما أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق على التحكيم لم تتشكل بعد [(١)] .

---

(١) أنظر :

GLASSON : op . cit. , N . 1816 . P . 339 ; **BERNARD** : op . cit. , N . 198 . P . 117 ; **HEBRAUD et P . PAYMOND** : Obs . R . T . D . Civ . 1952 . P . 99 et s ; **J . R . BEVICHI** : La These precite . N . 289 . P . 202 ; **BERTIN** : L'intervention . Rev . Arb . 1982 . P . 331 . specialement . P . 338 ; **E . LOQUIN** : J . Cl . Proc . Fasc . 1034 . N . 10 et s ; **G . COUCHEZ** : Note sous Paris . 3 Juillet . . J . C . P . 1980 . 11 . 19389 ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit ., N . 305 . P . 256 ; **J . ROBERT** : L'arbitrage . ed . 1993 . N . 127 . P . 104 .

وانظر أيضا :

Cass . Com . 3 Juillet . 1951 . Gaz . Pal . 1951 . 2 . 316 ; Cass . Com . 4 Dec . 1953 . D . 1954 . 108 ; Cass . Com . 14 Mars . 1954 . Rev . Arb . 1955 . 95 ; Cass . Civ . 17 Juillet , 1957 . Bull . Civ . 2e . N . [illegible] . P . 354 ; Cass . Com . Nov . 1959 . Gaz . Pal . 1960 . 1 . 191 ; Cass . Civ . 7 Juillet . 1979 . Rev . Arb . 1980 . 78 ; Cass . Civ . 20 Mars . 1989 . R . T . D . Civ . 1989 . 624 .

فقبل تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يختــص القضــاء المســتعجل وحــده بالطلبات القضائية الوقتية ، والتحفظية - وبنفس الشروط التى يتدخـل بـــها طبقا للقواعد العامة ، على أن يضاف إلى هذه الشروط شرطا آخر ، هــو ألا يكون فى إمكان الخصم طالب الإجراء الحصول على نفــس الحمايــة بعــد تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضــوع الإتفــاق علــى التحكيم [1] .

ولكن وبعد تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـــنزاع الموضوعـــى الأصلى محل الإتفـــاق علـــى التحكيـــم - **شـــرطا كـــان ، أم مشـــارطة** -

---

والنظر أيضا : **محمد على رشدى** - قاضى الأمور المستعجلة - الجزء الأول - الطبعة الثانيــة - ١٩٥٢ - مطبعة دار الكتاب العربى بالقاهرة - بند ١٦١ ص ٢٣١ ، **محمد على راتـــب** - قضـــاء الأمـــور المستعجلة - بدون سنة نشر - دار النشر الحديث بالقاهرة - بنـــد ٣٣٦ ص ٢٢٩ ، **محمـــد عبـــد اللطيف** - القضاء المستعجل - الطبعة الرابعة - ١٩٧٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بنـــد ٦ ص ١٧ ، ١٨ ، **مصطفى مجدى هرجة** - الجديد فى القضاء المستعجل - الطبعة الثانيـــة - ١٩٨٢ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية - ص ٢٦ ، ٢٧ ، **أحمد أبو الوفـــا** - التحكيـــم الإختيـــارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٤٨ ص ١٣٤ ، **عز الدين الناصورى** ، **حامد عكاز** - القضـــاء المستعجل ، وقضاء التنفيذ ، بدون سنة نشر - مطبوعات نادى القضاة بالقاهرة - ص ١٩ ، **عزمى عبـــد الفتاح** - قانون التحكيم الكويتى - ص ١٦٨ ، ١٦٩ ، **على بركات** - خصومة التحكيم - الرســـالة المشار إليها - بند ٤٢١ ص ٤١٦ .

والنظر أيضا : حكم محكمة بنى سويف الجزئية فى ١٩٣٠/١/٨ - المحاماه المصرية - - السنـــة (١١) - ص ١٨٣ ، إستئناف مختلط فى ١٩٣٦/٤/٢٢ - المحاماه المصرية - السنة (١٧) - رقـــم (٦١٨) - ص ١٢٤٨، مستعجل مصر فى مصر ١٩٥١/١٢/١٥ - المحاماه المصرية - الســـنة (٣٤) - ص ٨٥٣ ، مستعجل جنوب القاهرة - فى ١٩٨٧/٢/٢٨ - حكما قضائيا غير منشور . مشارا إليـــه فى : **محمـــد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ١٦٦.

(١) أنظر : **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٤٢١ ص ٤١٦ .

واختصاصها بنظره ، هل تملك عندئذ الفصل فـــى المســائل المســتعجلة ، واتخاذ الإجراءات الوقتية ، والتحفظية ؟ . أم يظل القضاء المستعجل مختصــا بذلك ، رغم انعقاد خصومة التحكيم أمامها ؟ .

إذا نص فى شرط التحكيم صراحة على أنه يشمل المنازعـــات الموضوعيــة والمنازعات الوقتية ، أو المستعجلة ، فإنه يكون من الواجــب إحــترام هــذا الشرط ، وإعماله ، بحيث إذا رفعت الدعوى القضائية المستعجلة أمام القضاء المستعجل ، بالمخالفة لشرط التحكيم ، فإنه يحق للخصـــم الآخــر أن يدفــع الدعوى القضائية المستعجلة المرفوعة بوجود شرط التحكيم .

ولم تكن نصوص التحكيم الواردة فى قانون المرافعات المصرى الحــالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " المــواد (٥١١) - (٣٥١٣) " - والملغــاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - تسمح لهيئة التحكيم المكلفة بــالفصل فــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشــارطة - باتخــاذ ماقد يقتضيه نظر الموضوع من تدابير ، أو إجراءات وقتيــة ، أو تحفظيــة وكان يتعين على الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " الذيــن يعوزهم ذلك الإلتجاء إلى القضاء المستعجل .

إلا أن المادة (١/٢٤) من قانون التحكيم المصــرى رقــم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية قد نصت على أنــــه :

" **يجوز لطرفى التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم ، أن تأمر أيـــا منهما باتخاذ ماتراه من تدابير مؤقتة ، أو تحفظية تقتضيها طبيعة الــنزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذى تأمر به** " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، هـــو تخويــل الأطــراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إمكانية مد سلطة هيئــة التحكيــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كــان** ، أم مشارطة - وعدم قصرها على الفصل فى الموضوع ، بحيــث يتســنى لــها

الأمر بما تراه من تدابير ، أو إجراءات مؤقتة ، أو تحفظية ، تقتضيها طبيعة النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه . ومن ثم ، يمكن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **وبناء على تراضى الأطراف فى الإتفاق على التحكيم على تخويلها هذه السلطة** - أن تصدر أمرا - **وبناء على طلب أحدهما** - بتعيين حارس على موجودات الشركة محل النزاع بين الشركاء ، أو أن تأمر بإيداع البضائع المتنازع عليها فى يد أمين ، أو فى أحد المخازن العامة ، أو بالتحفظ على دفاتر ، ومستندات يحوزها أحد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وتسليمها لخبير تنتدبه . . . إلخ .

ونظرا لما قد يترتب على هذه الإجراءات من مصروفات - **كدفع أتعاب ، أو مقابل الإيداع فى أحد المخازن العامة** - فإنه يجوز لهيئة التحكيم االمكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تطلب تقديم مايغطى هذه التكاليف ، والتى يتحملها من طلب اتخاذ هذه التدابير ، أو الإجراءات التحفظية ، أو الوقتية [1] .

ولكن ونظرا لأن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتملك سلطة الإجبار التى يملكها القضاء العام فى الدولة ، فمن المتصور تجاهل من صدر ضده الأمر ، وامتناعه عن التنفيذ [2] .

ولمواجهة ذلك ، فقد نصت المادة (٢/٢٤) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أن لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم -

---

(1) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٨٨ ص ١٥٣ ، ١٥٤ .

(2) فى دراسة أثر افتقار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لسلطة الأمر ، على اختصاصها بنظر المنازعات المستعجلة ، أنظر : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ١٦٢ ومابعدها .

وبناء على طلب الطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " الذى صدر الأمر لصالحه - أن تأذن له فى اتخاذ الإجراءات ، والتدابير الازمة لتنفيذ الأمر . بما فى ذلك ، حقه فى الإلتجاء لرئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، للحصول على أمر بالتنفيذ ، إذا تعلق الأمر بتحكيم غير دولى ، أو رئيس محكمة استئناف القاهرة ، أو محكمة الإستئناف المتفق على اختصاصها بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، إذا تعلق الأمر بتحكيم دولى . ويقتصر دور رئيس المحكمة عندئذ على إصدار الأمر بالتنفيذ ، فهو لايراجع سلامة ، أو صحة الأمر ، لأنه ليس جهة استئناف ، وإنما فحسب الجهة التى نيط بها أمر وإجبار الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " الممتنع عن تنفيذ أوامر هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **والتى صدرت بناء على تراضيه مع الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم** - على الخضوع لها ، وتنفيذها ، وفقا للإتفاق على التحكيم الذى تستمد منه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطاتها [1] .

ويثور التساؤل عما إذا كان اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على تصدى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لطلبات اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية من شأنه منع الإلتجاء إلى القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ . **أم يظل الإختصاص فى هذه الحالة مشتركا بين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والقضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ .**

---

(1) أنظر : **مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٨٨ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .**

فالمادة (١٤) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية تنص على أنه :

" يجوز للمحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفى التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم ، أو أثناء سيرها " [١] .

وإذا كان من الممكن للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " الإتفاق على التحكيم للإلتجاء إلى القضاء المستعجل ، قبل اتصال هيئة التحكيم بالنزاع الموضوعى الأصلى ، إذ يؤدى القول بمنع ذلك إلى حرمان الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " المهدد بضياع طلبه ، أو المعرض لمواجهة خطر محدق من وسيلة حماية [٢] ، [٣] ، فإن إمكانية ذلك بعد انعقاد هيئة التحكيم ، واتصالها بالنزاع الموضوعى الأصلى ، لايكون له

---

(١) والمقصود بالمحكمة دائما ، هى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – إذا تعلق الأمر بتحكيم دولى ، ومحكمة استئناف القاهرة ، أو أى محكمة استئناف أخرى ، إتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على اختصاصها ، فى حالة التحكيم الدولى .

(٢) فى بيان ماإذا كان اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على تصدى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – لطلبات اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية من شأنه منع الإلتجاء إلى القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها ؟ . أم أنه يظل الإختصاص فى هذه الحالة مشتركا بين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والقضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ١٦٣ ومابعدها .

(٣) فى بيان شروط اختصاص قاضى الأمور المستعجلة عند وجود اتفاقا على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص [illegible] ومابعدها .

مايبرره ، إلا إذا خلا الإتفاق على التحكيم من شرط يخول هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة الفصل فى طلبات إتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو تحفظية . فعندئذ ، يكون مفهوما ماتضمنه نص المادة (١٤) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، ويظل متاحا لكل طرف من أطراف الإتفاق على التحكيم الإلتجاء إلى المحكمة المختصة ، وفقا لنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، لطلب اتخاذ تلك الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية – **سواء قبل ، أو بعد بدء إجراءات التحكيم ، وأثناء سيرها** [1] .

ففى حالة وجود اتفاقا على التحكيم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " – **تضمنه شرط التحكيم ، أو مشارطته** – على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باتخاذ الإجراءات ، أو التدابير المؤقتة ، أو التحفظية ، فإن مثل هذا الإتفاق يمنع القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها من نظر طلب اتخاذ هذه الإجراءات ، أو التدابير – **تماما كما يمنعه الإتفاق على التحكيم من نظر النزاع موضوعه** – شريطة التمسك بالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة .**

فلا يرفض القاضى المستعجل المختص أصلا بإصدارها الطلب المقدم إليه إلا إذا تمسك الطرف الآخر بالإتفاق على التحكيم ، وما تضمنه من شرط اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالفصل فى طلبات اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية .

---

[1] أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٨٩ ص ١٥٥ ، ١٥٦ .

ولايستثنى من ذلك ، إلا حالة الضرورة ، والتى تتمثل فى وجـود مـبررات قوية تقتضى اتخاذ مثل هذه الإجراءات ، أو التدابير الوقتيـة ، أو التحفظيـة بعد إبرام الإتفاق على التحكيم ، وقبل اكتمـال هيئـة التحكيـم ، واتصالـها بالنزاع [1] .

ومنع القضاء المستعجل المختص أصلا باتخاذ الإجراءات ، أو التدابـير المؤقتة ، أو التحفظية يستلزم وجود اتفاقا على ذلك . إذ أنه لما كان التحكيـم طريقا إستثنائيا ، للفصل فى المنازعات بين الأفـراد ، والجماعـات ، فإنـه لايجوز التوسع فى تفسير شرط التحكيم ، أو مشارطته . فـإذا لـم يتضمـن الإتفاق بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** " صراحـة منح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيـم سلطة الفصل فى طلبات اتخاذ هـذه لإجـراءات ، أو التدابـير الوقتيـة ، و التحفظية ، فإن الأمر يظل فى يد القضاء المستعجل المختص أصلا بإصدارها وفقا لنص المادة (١٤) من قانون التحكيم المصـرى رقـم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - **سـواء قبـل ، أو أثناء إجراءات خصومة التحكيم** - بل ويحسن أن تتم صياغة شرط التحكيـم أو مشارطته بشكل واضح ، لايثير اللبس ، أو يتضمن غموضا .

فالإتفاق على إحالة جميع المنازعات التى يمكـن أن تنشـأ بيـن الأطـراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن تفسير العقد ، أو تنفيـذه قـد يثير صعوبات فى التطبيق . إذ أن المتبادر إلى الذهن هو إنصراف ذلك إلـى المنازعات المتعلقة بأصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعـى ، محـل الإتفاق على التحكيم . ومع ذلك ، تظل إمكانية الجدل قائمة حول مدلول لفـظ " **جميع ، أو كل المنازعات** " ، وأن هذا الإطلاق لايوجد مايخصصه ، ممـا يسمح بإمكانية القول بشموله للمنازعات الموضوعية المتعلقة بأصل الحـق أو

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٨٩ ص ١٥٦ .

المركز القانونى الموضوعى ، محل الإتفاق على التحكيم ، أو المتعلقة بطلب اتخاذ لإجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية . ويتوقف الأمر على فحص الملابسات ، والظروف المحيطة ، والتى يمكن الإستدلال منها على ماإتجهت إليه إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ويكون الأمر على جانب كبير من الأهمية ، لأنه يحدد نطاق مهمة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى يعد تجاوزها سببا من أسباب بطلان حكم التحكيم الصادر منها عندئذ (١) .

وإذا نص فى شرط التحكيم على إحالة نزاع معين إلى هيئة التحكيم بحيث جاء هذا النص عاما ، لايشير صراحة إلى اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنظر المنازعات المستعجلة . أو لم يرد فى مشارطة التحكيم مايشير صراحة إلى اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو عدم اختصاصها بنظر المنازعات المستعجلة ، فماذا يكون الحل عندئذ ؟ . **هل يمتد اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى بالفصل فى المنازعات المستعجلة ، على غرار اختصاصها بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى ، والمتفق على الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها** ، إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص ؟ . أم يقتصر اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على الفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى المنصوص عليه صراحة فى الإتفاق على التحكيم ، دون المنازعات المستعجلة ، والتى لم يشر الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إليها ، سواء

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٩٠ ص ١٥٦ ، ١٥٧ .

بالنص صراحة على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع الموضوعي الأصلي ، أو عدم اختصاصها .

ذلك أنه قد يحدث غالبا أن يكون شرط التحكيم المدرج في أحد العقود - للفصل في النزاع المحتمل ، وغير المحدد ، والذي يمكن أن ينشأ عن تفسيره ، أو تنفيذه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية - دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل في موضوعه - عاما ، لايشير صراحة إلى المنازعات المستعجلة . فهل مثل هذا الشرط يسري أيضا على الدعاوى القضائية المستعجلة - كدعاوى إثبات الحالة مثلا ؟ . وبمعنى آخر ، هل يمتد الأثر السلبي للإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، ام مشارطة " - والمتمثل في استنفاد ولاية القضاء العام في الدولة بالنسبة للنزاع الموضوعي الأصلي إلى المنازعات المستعجلة ، والوقتية المتعلقة به ؟ . أم أن الأثر السلبي للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لايمتد عندئذ إلى المسائل المستعجلة ، ويظل القضاء العام في الدولة مختصا بنظرها ، حتى بعد عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ؟ .

يتنازع هذه المسألة أتجاهان ، وهما :

الإتجاه الأول :

اتخاذ الإجراءات التحفظية بشأن المسائل التي تخضع للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ن ام مشارطة - يدخل في اختصاص القضاء المستعجل ، لأن هذا الإتفاق يتعلق فقط بموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم :

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لايمنع من نظر الدعوى القضائية المستعجلة أمام القضاء

المستعجل – كإثبات الحالة مثلا – أو إصدار أوامر مؤقتة ، أو تحفظية – كالأمر بتعيين حارس على المال المتنازع عليه ، أو سماع شهادة شاهدا مشرفا على الموت ، أو الرحيل – أو غير ذلك من إجراءات ، أو تدابير يكون لها طابع التأقيت ، أو التحفظ ، إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " صراحة فى شرط التحكيم ، أو مشارطته على أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تختص وحدها بنظر هذه المسائل ، فيكون من الواجب عندئذ إحترام هذا الإتفاق [١] ، على اعتبار أنها إجراء ، أو تدبيرا وقتيا مستعجلا صرفا ويجرى على نفقة صاحبه .

فالإتفاق على التحكيم فى عقد من العقود لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية المتعلقة بتفسير هذا العقد ، أو بتنفيذه ، إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على أن يكون الإختصاص بهذه المسائل المستعجلة لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع الموضوعى الأصلى موضوع الإتفاق على التحكيم أيضا .

كما أن الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، ام مشارطة – لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر الإشكالات الوقتية المتعلقة بالإجراءات الاحقة

---

(١) مع ملاحظة أن القضاء الفرنسى يجيز اختصاص القضاء المستعجل ، ولو وجد نصا صريحا فى شرط التحكيم ، أو مشارطته يجرى على غير ذلك ، إذا وجدت أمورا يخشى عليها من فوات الوقت ، وليس من الميسور على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل فيها على الفور ، أنظر :

Cass . Civ . 21 Juin . 1904 . S . 1906 . 1 . 22 ; G . COUCHEZ : Note sous Cass . Civ . 9Juillet . 1979 . J . C . P . 1980 . 11 . 19389 ; Cass . Civ . 17 Juillet . 1972 . Buill . Civ . 1 . N . 546 . Paris . 20Janv . 1988 . J . D . I . 1989 . p . 1032

لصدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كالإشكالات المتعلقة بتنفيذه** [1] .

وبمعنى آخر ، فإن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لاينزع عن القضاء العام فى الدولة كامل ولايته بالمسائل محل هذا الإتفاق . فهو لايحجب عن القضاء العام فى الدولة إلا النزاع الموضوعى محل هذا الإتفاق . وأثره المانع يقتصر على الحيلولة دون القضاء العام فى الدولة ومباشرة الحماية القضائية الموضوعية ، بإصدار أحكاما قضائية موضوعية تفصل فى موضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم .

فتظل للقضاء العام فى الدولة سلطة مباشرة الحماية القضائية المستعجلة وإصدار أحكاما قضائية وقتية ، تحمى الحقوق ، والمراكز القانونية الموضوعية مؤقتا ، للوقت الازم لكى تباشر هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم نشاطها ، وتصدر حكما تحكيميا فى النزاع الموضوعى الأصلى محل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [2] .

فاتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية بشأن المسائل التى تخضع للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يدخل فى اختصاص القضاء المستعجل ، لأن هذا الإتفاق يتعلق فقط بموضوع النزاع محل الإتفاق على التحكيم [3] . **وهذا هو الرأى الراجح فقها** [4] ، **وقضاء** [5] ، إستنادا إلى مايلى :

---

[1] أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى - المقالة المشار إليها - بند ٥ ص ١٢ .

[2] أنظر : أحمد ماهر زغلول - مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها - طبعة سنة ١٩٩٢ - بند ٣/٤٢ ص ٧٨ - الهامش رقم (١٩) ،

(٣) أنظر : أحمد السيد صاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٩٤ – ص ٣٦٨ ، ٩٢٢

(١) أنظر :

Dalloz Repertoire De Droit Civile. Deuxieme edition. T. 1. 1947. N. 57 et s ; Repertoire De Droit Commercial. Arbitrage commercial. T. 1. 1972. N. 233 ; Repertoire De Droit Civile. Deuxieme edition. 1977. T. 11. Compromis. Clause compromissoire. N. 220 ; JEAN – VINCENT : Procedure civile. Dix – Neuvieme edition. 1978. Dalloz. P. 1044. N. 813 ; JEAN – VINCENT, GABRIEL MONTAGNIER, ANDRE VARINARD : La Justice et ses institutions. Deuxieme edition. 1988. Dalloz. P. 870. N. 13571 ; G. COUCHEZ : Refere et arbitrage. Rev. Arb. 1986. P. 155 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile. Arbitrage. Droit interne. T. 1. 1988. N. 177 et.

وانظر أيضا : عبد المنعم الشرقاوى – شرح المرافعات المدنية ، والتجارية – بند ٤٦٢ ص ٦٣١ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى – مقالة منشورة بمجلة الحقوق – تصدرها كلية الحقوق – جامعة الأسكندرية – السنة السادسة – العددان الأول ، والثانى – ١٩٥٢ /١٩٥٤ – بند ٥ ص ١٢ ، التحكيم بالقضاء ، وبالصلح – ص ١١٤ ، عقد التحكيم ، وإجراءاته – الطبعة الأولى – ١٩٧٤ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ٤٨ ص ١٤١ ، المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الرابعة عشرة – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٧٥٥ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – الطبعة الخامسة – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية ، محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقه – الطبعة الثانية – ١٩٧٨ – ص ٧٤٨ ، محمد شوقى شاهين – الشركات المختلطة " طبيعتها ، وأحكامها " – بند ٣٢١ ص ٨٩ ، عز الدين الناصورى ، حامدعكاز – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – طبعة نادى القضاة بالقاهرة – ص ١٨ ، محمد عبد اللطيف – القضاء المستعجل – ص ١٧ ، مصطفى مجدى هرجة – أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى – ١٩٨٦ – دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية – بند ٣٧٦ ص ٨٥٣ ، أحمد ماهر زغلول – مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها – طبعة سنة ١٩٩٢ – بند ٣/٤٢ ص ٧٨ – الهامش رقم (١٩) ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ١٩٩٣ – بند ٤٤٧ ص ٩٢٢ ، أحمد السيد صاوى – الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – ١٩٩٤ – ص ٣٦٨ ، ٩٢٢ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٢٤١ ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٠ .

السبب الأول :

الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لايعدو أن يكون نقلا للنزاع من أمام محكمة الموضوع إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه . وإذا كان رفع الدعوى القضائية أمام محكمة الموضوع لايمنع اختصاص القضاء المستعجل بنظر الأمور الوقتية ، فإن الأمر كذلك يكون بالنسبة لنظام التحكيم خصوصا ، وأن الحكم القضائي المستعجل الوقتي ليس له حجية أمام هيئة

(*) و هذه هي القاعدة المعتمدة في القضاء الفرنسي ، أنظر :

Trib . Com . Nantes . 10 Fevr . 1932 . Rec . Gaz . Pal . 1932 . 1 . 553 ;. Com . Aix . 6AVR . 1949 . Rec . Com . Le Havre . 1950 . 2 . 17 ; 3 Juillet . 1951 . R . T . D . C . 1952 . 99 . Obs : HEBRAUD ; Civ . 2e . 4 Dec . 1953 . D . 1954 . 108 ; Com . 4 Nov . 1959 . G . P . 1960 . 1 . 191 ; Trib . Grand . inst . Seine . 20 Dec . 1962 . d . 1963 . 108 ; 29 Mai . 1978 . Rev . Arb . 1979 . 221 . Note : RUBELLIN - DEVICHI ; Trib . Gr . Inst . Paris . 3 Janv . 1984 . Rev . Arb . 1984 . 329 . Note : BERNARD .

وانظر أيضا : حكم محكمة مصر للأمور المستعجلة - الصادر في ١٩٥١/١٢/٥ - المحاماه المصرية - ٣٤ ص ٨٥٣ . مشارا لهذا الحكم القضائي في : أحمد السيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة - ص ٣٦٨ - الهامش رقم (٤) . وانظر كذلك أحكام القضاء المقارن ، و المشار إليها في : محمد عبد اللطيف - القضاء المستعجل - ص ١٧ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٥ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة - ص ١٨ ، مصطفى مجدى هرجة - أحكام ، وآراء في القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتي - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية - ص ٨٥٣ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٤٨ ص ١٣٥ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة في مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٦ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٢ ص ١٥١ .

التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـم ، عنـد تحقيقه ، والفصل فيه (١) .

وتخويل الإختصاص بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم - شـرطا كان ، أم مشارطة - لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، لاينفــى فــى ذاتــه إختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضوع الإتفـــاق على التحكيم ، ولاينفى اختصاص قاضى التنفيذ المستعجل بنظر الإشـــكالات الوقتية المتعلقة بالإجراءات الاحقة لصدور حكم التحكيم فى النزاع موضــوع الإتفاق على التحكيم - كالإشكالات المتعلقة بتنفيذه ، مالم ينـــص المشـــرع الوضعى صراحة على غير ذلك (٢) .

السبب الثانى :

أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هى الأقدر على تقدير مدى ملاءمة إتخاذ مثل هذه الإجراءات ، أو التدابـــير الوقتية ، أو التحفظية .

كما أنها تملك الفصل النهائى فى موضوع النزاع محل التحكيم . ومن بـــاب أولى ، يمكنها إتخاذ إجراءات وقتية ، أو تحفظية ، لاتمس هذا الموضــــوع .

---

(١) أنظر : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعـة الثالثة - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٨ ، مصطفى مجدى هرجة - أحكـام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشـــر بالأســكندرية - بنـد ٣٧٦ ص ٨٥٣ .

(٢) أنظر : سامية راشد - التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ، ومدى خضوعه لأحكام القـانون المصرى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٣٩(م) ص ١٥١٢ ، محمود محمد هاشـم - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - دراسة مقارنة - بند ٤٦ ، النظرية العامـــة للتحكيـم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٢ ص ١٠١ .

فضلا عمايحققه ذلك من الإقتصاد فى النفقات ، وتوفيرا فى الوقت ، وتوحيدا لجهة الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

والسبب الثالث :

أن فلسفة نظام التحكيم تسمح بذلك ، فالأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد اختاروا طريق التحكيم بإراداتهم ، وارتضوا به بديلا عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص . ومن ثم ، فإنهم لن يمتنعوا عن تنفيذ ماتتخذه هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية .

فضلا عن أن الذوق السليم يأبى أن يقف القضاء المستعجل مكتوف اليدين أمام خطر داهم ، يستوجب اتخاذ إجراء ، أو تدبير وقتي ، أو تحفظى عاجل ، لحفظ حقوق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ولأن مناط اختصاص القضاء المستعجل يقوم بصفة عامة على توافر الخطر وعدم المساس بأصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى . فإذا ماتوافر هذان الشرطان ، أصبح من واجب القضاء المستعجل أن يأمر باتخاذ مايراه من تدابير ، أو إجراءت وقتية ، أو تحفظية ، تكون لازمة للمحافظة على حقوق ، ومراكز الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " الموضوعية .

الإتجاه الثانى :

الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " - ومتى توافرت شروطه طبقا لنصوص القانون الوضعى المنظمة للتحكيم - يمنع كل من القضاء العادى ، والقضاء المستعجل من نظر أية دعوى قضائية متعلقة به - سواء كانت عن موضوع النزاع محل

التحكيم ، أم كانت بخصوص إجـــراءات ، أ تدابـــير وقتيـــة ، أو تحفظية – إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " صراحة على العدول عن التحكيم :

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق علـــى التحكيـــم " شـــرطا كـــان ، أم مشارطة " – ومتى توافرت شروطه طبقـــا لنصـــوص القـــانون الوضعـــى المنظمة للتحكيم – يمنع كل من القضاء العادى ، والقضاء المســـتعجل مـــن نظر أية دعوى قضائية متعلقة به – سواء كانت عن الموضوع ، أم كـــانت بخصوص إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية – إلا إذا اتفق الأطـــراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " صراحـــة علـــى العـــدول عـــن التحكيم (١) .

فيترتب على الإتفاق على التحكيم - شرطا كـــان ، أم مشـــارطة – إلـــتزام الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " باتباع طريق التحكيـــم

---

(١) أنظر :

Repertoire De Droit Procedure Civile . 1955 . T . 111 . P . 709 . N . 33 ; ALFRED BERNARD : L'arbitrage volontaire . 1937 . Bruxelles . N . 109 . P . 66 ; H . GAUDEMENT – TALLON : Note sous Cass . Civ . 6 Mars . 1990 . Rev . Arb . 1990 . P . 646 et 647 ; E . LOQUIN : J . CI . Proc . CIV . Fasc . 1034 . N . 23 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 30 . P 256 .

وانظر أيضا :

Orleans . 16 Juin . 1983 . J . C . P . 1984 . 11 . 20130 . Note : N . S ; Cass . Civ . 14 Mars . 1984 . Rev . Arb . 1985 . 69 ; Paris . 22 Oct . 1985 . D . 1986 . IR . 66 ; Cass . Civ . 6 Mars . 1990 . Rev . Arb . 1990 . 633 .

وانظر أيضا : محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب – قضاء الأمـــور المستعجلة – الطبعة السادسة – بند ٥٠ ص ١٠٠ ومابعدها ، نبيل إسماعيل عمر – المرافعات المدنيـــة ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٨٦ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٦٥١ ، محمود محمد هاشـــم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٤/٨١ ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، على بركـــات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٤٢١ ص ٤١٦ .

للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولايجوز أن ترفع الدعوى القضائية عن هذا النزاع أمام القضاء العام فى الدولة . وللأطراف الآخرين في الإتفاق على التحكيم إذا مارفعت عليهم الدعوى القضائية عن النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أمام القضاء العام في الدولة أن يدفعها بوجود الإتفاق على التحكيم .

فلايجوز لأحد الأطراف المحتكمين - ومع وجود الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " - الإلتجاء إلى القضاء العادى ، للفصل فى نقطة متنازعا عليها ، وداخلة فى نطاق الإتفاق على التحكيم ، بحجة توافر الإستعجال . ويمكن قبول دعوى إثبات الحالة مع وجود شرط التحكيم ، إذا قبل الخصم ذلك . أما إذا دفع بعدم قبولها ، وتمسك بوجود الإتفاق على التحكيم ، فإنه ينبغى الحكم بعدم قبولها (١)

وهيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتختص وحدها بالفصل فى الطلبات الوقتية ، أوالتحفظية بعد تشكيلها إلا فى حالتين :

الحالة الأولى :

أن ينطوى الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخاذه على سلطة الجبر ، ويرفض الطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " ، أو الغير الذى اتخذ ضده الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى تنفيذه طواعية .

والحالة الثانية :

---

(١) أنظر : أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٦ - الهامش رقم (٢) .

أن يكون الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخاذه سيتم إتخاذه فى دولة غير الدولة التى تجلس فيها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، حتى ولو لم ينطو الإجراء ، أو التدبيرالمطلوب اتخاذه على سلطة الجبر [1] .

ويستند أنصار هذا الإتجاه فى ذلك إلى العديد من الأسانيد ، أذكر منها :

السند الأول :

أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إذا كان يؤدى إلى خروج النزاع الموضوعى من الإختصاص الوظيفى للقضاء العادى ، فإن شقه المستعجل هو الآخر يخرج من اختصاص القضاء المستعجل ، بحسبانه جزء من جهة القضاء العادى ، والفرع يتبع الأصل [2] .

ويكون الأمر كذلك ، إلا إذا قبل الأطراف الآخرون فى الإتفاق على التحكيم - **ومع وجود شرط التحكيم ، أو مشارطته** - الإلتجاء إلى القضاء العادى للفصل فى نقطة متنازعا عليها ، وداخلة فى نطاق الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بحجة توافر الإستعجال [3] .

والسند الثانى :

هناك بعض العقبات المادية ، والقانونية تحول دون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة**

---

(1) أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٤٢١ ص ٤١٦ .

(2) أنظر : محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب - قضاء الأمور المستعجلة - ص ١٠٠ ومابعدها ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٨ .

(٣) أنظر : إستئناف مختلط - ١٩٣٣/١/٤ - الجازيت - ١٠فبراير سنة ١٩١٣ - ص ٦٢ - رقم (٧٨) . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤١٦ - الهامش رقم (٢) .

واتخاذ مثل هذه الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أو التحفظية ، وتبرر الإبقاء على سلطة القضاء المستعجل فى هذا الشأن . **وهذه العقبات هى :**

العقبة الأولى :

أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لاتعقد جلساتها بصورة دائمة ، وإنما قد تجتمع على فترات متقاربة ، أو متباعدة . ومن ثم ، قد يجد من الأحداث مايبرر اتخاذ إجراء ، أو تدبيرا وقتيا ، أو تحفظيا فى غير أوقات انعقادها ، ويصعب اجتماع أعضائها بالسرعة الكافية ، لاتخاذ الإجراء ، أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخاذه .

العقبة الثانية :

أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تلتزم قبل إصدار أية قرار بسماع أقوال الخصوم بشأن القرار ، أو الإجراء أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المزمع اتخاذه ، **مما لايتوافق فى كثير من** الأحيان مع طبيعة الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أوالتحفظية ، والتى لايكفى لاتخاذها توافر عنصر السرعة ، وإنما تحتاج أحيانا إلى عنصر المفاجأة ، وانتظار إعلان الخصم الآخر ، وسماع أقواله قد يضيع الفرصة من اتخاذ الإجراء أو التدبير الوقتى ، أو التحفظى المطلوب اتخاذه ، وقد يعطى للخصم سيئ النية الفرصة لتعطيل اتخاذه .

العقبة الثالثة :

أن الأصل الإتفاقى لمهمة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يقيد كثيرا من سلطاتها . وبصفة خاصة ، تجاه الغير ، **والذى لايجبر على المشاركة فى إجراءات ، أو تدابير وقتية ، أو تحفظية تعد غريبة عليه ، وهو ما يجعل سلطات هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم**

فى اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية عديمة الأثر من الناحية العملية .

والعقبة الرابعة :

أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وإن كانت تملك سلطة القضاء فى النزاع المعروض عليها ، للفصل فيه ، إلا أنها لاتملك سلطة تنفيذ حكم التحكيم الصادر منها فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - سواء كان **صادرا فى الموضوع ، أم كان صادرا فى شأن إجراء ، أو تدبير وقتى ، أو تحفظى** - مما سيدفع الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى النهاية للإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، لاستصدار أمر بتنفيذ الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بشأن الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية ، فيكون من الأفضل الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة منذ البداية .

الحل المختار :

نرى أنه إذا نص فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - صراحة على أن التحكيم يشمل المنازعات الموضوعية ، والمنازعات المستعجلة ، فإنه يكون من الواجب إحترام هذا الشرط . بل إنه وحتى فى حالة الإتفاق الصريح على اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ن ام مشارطة** - بنظر المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت ، فإن القضاء المستعجل يختص بنظر تلك المنازعات ، إذا كان ليس من الميسور على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تفصل على الفور فيها ، لسبب يتصل بتشكيلها مثلا ، أو لأى سبب جدى آخر .

ونرى كذلك سريان الحكم المتقدم فى حالة منع اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " إختصاص القاضى المستعجل بنظر المسائل المستعجلة . بمعنى ، أن هذا المنع لاينفى عندئذ إختصاص القاضى المستعجل باتخاذ الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أو التحفظية المتعلقة بالنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا كان هناك خطرا داهما لايجدى لتفاديه الإلتجاء إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو لم يكن من الميسور الإلتجاء إليها ، باعتبار أن نظام القضاء المستعجل هو من الضمانات الجوهرية لحماية مصالح المواطنين ، والمتعلقة بالنظام العام فى الأنظمة القانونية الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها .

ونرى كذلك أن الإتفاق على لاينفى اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلب اتخاذ الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية بالنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - سواء كان النزاع على أصل الحق ، أو المركز القانونى الموضوعى مرفوعا أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو لم يكن قد رفع إليها بعد .

ذلك أنه قد يحدث عملا أن يثار النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قبل أن يلجأ أى من أطرافه إلى اتخاذ الإجراءات . وقد يتطلب الأمر إلتجاء أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى القضاء المستعجل ، لإثبات حالة الشئ محل النزاع ، أو فرض حراسة قضائية عليه ، [illegible] لأضرار [illegible] به . وعندئذ ، يكون القضاء المستعجل مختصا باتخاذ الإجراءات ، والتدابير الوقتية ، أو التحفظية ، والتى يلزم اتخاذها على وجه السرعة ، طالما أنها

لاتمس أصل النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولاتؤثر على قضاء المحاكم فيه .

كما أن الأحكام القضائية المتعلقة بهذه الإجراءات ، أو التدابير الوقتية ، أو التحفظية تعتبر من قبيل الأحكام القضائية الوقتية ، ولاحجية لها عند الفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والذى تختص هيئة التحكيم المختارة من قبل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالفصل فيه وحدها .

سادسا :

الإتفاق على التحكيم للفصل فى منازعات العقود الإدارية (١) : الأسس العامة ، والخصائص الجوهرية التى تقوم عليها نظرية العقد الإدارى (٢) :

---

(١) فى دراسة التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية ، أنظر :

RENE CHAPUS : Droit du contentieux administratif . N . 205 et ss ; **G . MATTEL – DEWANCE** : L'abritage en droit public . 1987 .

وانظر أيضا : محمد كمال منير – مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية – مقالة منشورة فى مجلة العلوم الإدارية – السنة الثالثة ، والثلاثون – العدد الأول – يونيو سنة ١٩٩١ – ص ٣٣٩ ومابعدها ، أحمد شرف الدين – التحكيم فى منازعات العقود الإدارية – ١٩٩٣ – مطبعة أبناء وهبة حسان بالقاهرة . وبصفة خاصة ، ص ٨٦ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – النظام العام ، والتحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٨١ ومابعدها ، إبراهيم على حسن – تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة محاضرات ألقيت فى الدورة التدريبية الأولى فى التحكيم ، والتى نظمتها هيئة قضايا الدولة فى الفترة من (١٤) إلى (١٩) سبتمبر سنة ١٩٩٦ – مجلة هيئة قضايا الدولة – السنة الحادية ، والأربعون – العدد الثانى – أبريل – يونيو سنة ١٩٩٧ – ص ص ١ – ٢٨ .

وضع أسس نظرية العقد الإدارى ، وصاغ خصائصها القضاء الإدارى فى فرنسا ، وعلى رأسه مجلس الدولة الفرنسى .

فقد نشأت نظرية العقود الإدارية فى القانون الإدارى الفرنسى فى مطلع القرن الحالى ، حيث كان المعيار المتبع قبل ذلك فى توزيع الإختصاص القضائى بين القضاء الإدارى ، والقضاء العادى فى فرنسا هو معيار السلطة العامة . وكان يقتصر اختصاص القضاء الإدارى على المنازعات المتعلقة بأعمال السلطة ، أما التصرفات العادية ، أى تلك التى تتساوى فيها الإدارة العامة مع الأفراد العاديين ، فإنها كانت من اختصاص المحاكم العادية . ووفقا لهذا المعيار ، فإن العقود التى كانت تبرمها الإدارة العامة ، كانت تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الإدارى فى فرنسا ، باعتبارها من التصرفات العادية للإدارة العامة ، والتى تندرج فى اختصاص القضاء العادى ، والذى كان يطبق عليها قواعد القانون الوضعى الخاص ، باستثناء بعض العقود التى كانت تبرمها الإدارة العامة ، والتى نص القانون الوضعى الفرنسى على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل فى المنازعات المتعلقة بها . **ومن هذه العقود** : عقد الأشغال العامة ، وعقود بيع أملاك الدولة ، وعقود القروض العامة التى تبرمها الدولة ، وعقود شغل الدومين العام . وقد أطلق فقه القانون الوضعى الفرنسى على هذه الطائفة من العقود تعبير : " **العقود الإدارية بتحديد القانون** " ، حيث كان اختصاص القضاء الادارى بها يرجع إلى إرادة المشرع الوضعى الفرنسى ، وليس لخصائص ذاتية فى هذه العقود .

وقد قاس مجلس الدولة الفرنسى على هذه العقود " **العقود الإدارية بتحديد القانون** " ، وأدخل فى اختصاصه القضائى عقودا أخرى لم ينص

---

(٢) فى بيان الأسس العامة ، والخصائص الجوهرية التى تقوم عليها نظرية العقد الإدارى ، أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤ ومابعدها .

عليها فى القانون الوضعى الفرنسى . ومن هذه العقود : عقد طلب المعاونة والعقود الخاصة بالإضاءة وتوزيع المياه ، وغاز الإستصباح فى المدن والعقود التى تتعلق بنظافة الشوارع ، باعتبارها عقودا تشتمل على أشغال عامة [1] .

ولكن وبعد انهيار معيار السلطة العامة ، واعتناق مجلس الدولة الفرنسى لمعيار المرفق العام ، أصبح مجلس الدولة الفرنسى يختص بكل مايتعلق بتنظيم ، وسير المرافق العامة - **وبمختلف أنواعها** . فإذا ارتبطت عقود الإدارة العامة بالمرفق العام ، أصبحت عقودا إدارية ، ويختص بكل مايترتب عليها من منازعات .

ولم يتضمن القانون الوضعى المصرى رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٩ - **والذى أنشأ مجلس الدولة المصرى** ، **ونظمه** - أية إشارة إلى عقود الإدارة ، حيث حدد اختصاصات مجلس الدولة المصرى على سبيل الحصر ، ولم يخوله أى اختصاص قضائى فى مجال العقود الإدارية . فظلت المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن هذه العقود خاضعة لاختصاص القضاء العادى فى مصر . إلى أن صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ فمنح للقضاء الإدارى فى مصر الإختصاص القضائى بالفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن بعض العقود الإدارية - **والتى ذكرها على سبيل التحديد** ، **والحصر** - حيث نصت المادة الخامسة منه على أنه :

" تفصل محكمة القضاء الإدارى فى المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية التى تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر فى العقد ويترتب على رفع الدعوى فى هذه الحالة أمام المحكمة

---

(1) أنظر : ثروت بدوى - عمل الأمير فى العقود الإدارية - رسالة - ص ١٧ ، جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥ .

المذكورة عدم جواز رفعها إلى المحاكم العادية ، كما يترتب على رفعها إلى المحاكم العادية عدم جواز رفعها أمام محكمة القضاء الإدارى " .

فاختصاص القضاء الإدارى المصرى بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية قد بدأ مع صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة المصرى ، حيث نصت المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الإدارى بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة ، وعقود التوريد الإدارية ، والتى تنشأ بين الإدارة العامة والمتعاقد معها .

وبهذا ، فقد استأثر القضاء الإدارى فى مصر بالإختصاص القضائى بالفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، بين الإدارة العامة والمتعاقد معها فقط [١] .

ومن ثم ، لم يقتصر الإختصاص القضائى فى مصر بنظر المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية على القاضى الإدارى وحده ، بل كان الإختصاص القضائى عندئذ مشتركا بين القضاء العادى ، والقضاء الإدارى . وكان لذى المصلحة أن يلجأ إلى أى من الجهتين يشاء " **جهة القضاء العادى وجهة القضاء الإدارى** " ، مع مراعاة القواعد القانونية الوضعية التى وضعها المشرع الوضعى المصرى لمنع الجهتين من نظر ذات النزاع [٢] .

وقد مدت محكمة القضاء الإدارى فى مصر إختصاصها القضائى إلى الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقود لم ترد فى نصوص

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – ك الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥ ، ٦ .

القانون الوضعى المصرى رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة المصرى ، إستنادا إلى اتصالها بعقود الإلتزام ، عقود الأشغال العامة ، وعقود التوريد الإدارية .

ففى حكم لمحكمة القضاء الإدارى فى مصر ، جاء فيه : " **وطبقا للمادة الخامسة من القانون الوضعى المصرى رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة المصرى تختص هذه المحكمة بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام ، والأشغال العامة ، وعقود التوريد الإدارية إختصاصا قضائيا مطلقا ، وشاملا لكل المنازعات ، ومايتفرع عنها . وعلى هدى ماتقدم ، يتبين أن المنازعة موضوع الدعوى القضائية - إلغاء وتعويضا - إنما نشأت عن العقد الإدارى الذى تعهد فيه المدعون بالمساهمة فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة ، هو مشروع إنشاء مبنى المحكمة ، عن طريق هبة الأرض التى تقام عليها ، ومبلغ من المال ، فهى منازعة وثيقة الإرتباط بعقد من عقود الأشغال العامة ، هو تشييد هذا المبنى ، بحيث تعتبر خاصة به . وبالتالى ، تندرج فيما تختص المحكمة بنظره ، بمقتضى المادة القانونية المشار إليها . ومن ثم ، يكون الدفع بعم الإختصاص فى غير محله ، متعينا رفضه** " [(١)] .

ثم صدر بعذ ذلك القانون الوضعى المصرى رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ بشأن مجلس الدولة المصرى ، والذى تلافى أحد عيوب القانون الوضعى المصرى السابق رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ والخاص بمجلس الدولة المصرى أيضا ، فيما يتعلق بالعقود الإدارية ، وهو ترك الحرية للمدعى فى اختيار القانون الوضعى الذى يطبق على المنازعة .

---

(١) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر - الصادر فى (٢٦) ديسمبر سنة ١٩٥١ " المجموعة " - س (٦) - ص ٢٢٤ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٦ .

فإذا أراد تطبيق قواعد القانون الإدارى ، رفع دعواه القضائية أمام القضاء الإدارى . وإذا رغب فى تطبيق قواعد القانون الوضعى الخاص ، رفع دعواه القضائية أمام القضاء العادى . وقد جاء فى المادة العاشرة من القانون الوضعى المصرى رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ بشأن مجلس الدولة المصرى أنه :

" **يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر** " .

وقد بقى هذا النص القانونى الوضعى المصرى كما هو دون تغيير فى القانون الوضعى المصرى رقم (٥٥) لسنة ١٩٥٩ والخاص بمجلس الدولة المصرى . وبهذا ، أصبح القاضى الإدارى فى مصر هو قاضى القانون العام بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، إعتبارا من صدور القانون الوضعى المصرى رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ بشأن مجلس الدولة المصرى ، واستمر هذا النص القانونى الوضعى المصرى أيضا - **محتوى** ، **ولفظا** - فى قانون مجلس الدولة المصرى الحالى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ . فقد جاء فى المادة (١١/١٠) منه أنه :

" **تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية :**

" . . . **حادى عشر " المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر** " [١] .

ولكن الصعوبة تكمن فى معرفة متى يكون العقد الذى تبرمه الإدارة العامة عقدا إداريا ، ومتى يكون من عقود القانون الخاص .

---

(١) فى بيان التطور التاريخى الذى مرت به نظرية العقود الإدارية فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر :
جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٣ ومابعدها .

ذلك أن العقود التى تبرمها الإدارة العامة ليست كلها من طبيعة واحدة ، بل هى نوعين متميزين ، ومختلفين من حيث الطبيعة ، بحسب ماإذا كانت الإدارة العامة قد اتبعت أسلوب القانون العام ، أو قواعد القانون الخاص فى إبرامها .

ولذا ، كان من الضرورى التمييز بين عقود الإدارة العامة الإدارية ، وعقودها المدنية ، لاختلاف النظام القانونى المطبق على نوعى العقود التى تبرمها الإدارة العامة .

فاعتبار العقد إداريا يدخل المنازعات التى يمكن أن تنشأ عنه في اختصاص جهة القضاء الإدارى ، وتطبق عليه قواعد ، ومبادئ القانون الإدارى .

أما إذا كان العقد الذى تبرمه الإدارة العامة هو من عقود القانون الخاص فإن ذلك يؤدى إلى إخضاع المنازعات التى يمكن أن تنشأ عنه لاختصاص جهة القضاء العادى ، وتطبق عليه أحكام القانون المدنى .

كما أن الآثار القانونية المترتبة على كل منهما تختلف اختلافا جوهريا ، من حيث سلطة الإدارة العامة فى مجال العقد الإدارى ، حقوق ، والتزامات المتعاقد معها ، ومن حيث نهاية العقد الإدارى .

فالإدارة قد تكون طرفا فى نوعين من العقود ، تختلف من حيث طبيعتها . ومن ثم ، يختلف القانون الوضعى الذى يحكم كل منهما ، والقضاء الذى يختص بالنظر فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن أى منهما [1] .

معيار تمييز العقود الإدارية :

اكتفى المشرع الوضعى – **سواء فى مصر ، أم فى فرنسا** – بالنص على العقود الإدارية ، ولم يحاول أن يحدد معيارا ، أو تعريفا للعقد الإدارى تاركا ذلك لأحكام القضاء فى فرنسا ، ومصر .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٨ .

وإذا كان القضاء الفرنسى قد اعتمد معيار المرفق العام كأساس لتمييز العقود الإدارية ، فإن مفهوم المرفق العام نفسه قد اختلف ، وتطور ، واتسع عند بداية نشأته .

كما نجد أن فكرة الشروط الإستثنائية ، وغير المألوفة فى عقود القانون الوضعى الخاص – **كمعيار لتمييز العقد الإدارى** – قد تطورت ، فلم تعد هى تلك الشروط الواردة بنصوص العقد ، بل إنها قد تكون بعيدة عن نصوص العقد .

فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى :

كانت فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى هى نقطة البداية لاختصاص القضاء الإدارى فى فرنسا بالمنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، حيث لم يكن اختصاص القضاء الإدارى فى مجال العقود الإدارية عاما فى أول الأمر ، بل إن المشرع الوضعى الفرنسى قد نص على عقود بعينها ، وأدخلها فى اختصاص هذا القضاء . وقد أطلق فقه القانون الوضعى الفرنسى على هذا النوع من العقود إصطلاح : " **العقود الإدارية بتحديد القانون Contrats administratifs par determination de la loi** .

وقد استند مجلس الدولة الفرنسى على هذه النصوص القانونية الوضعية الفرنسية لكى يدخل فى اختصاصه المنازعات المتعلقة بكثير من عقود الإدارة ، والتى لم يرد نصا قانونيا وضعيا فرنسيا عليها صراحة ، وإنما استند فى ذلك إلى وجود صلة بينها ، وبين عقود الإدارة المنصوص عليها قانونا .

وقد ظهرت فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعى الفرنسى فى ظل نظرية أعمال السلطة ، والتصرفات العادية التى كانت تعتبر أن العقود التى تبرمها الإدارة العامة من قبيل التصرفات العادية **Actes de gestion** ولبست من أعمال السلطة القائمة على عنصر السيادة . حيث كانت التفرقة

بين أعمال السلطة ، والتصرفات العادية ، أو أعمال الإدارة العامة هى معيار تحديد الإختصاص القضائى .

ولذلك ، كانت العقود الإدارية لاتندرج فى اختصاص القضاء الإدارى باستثناء المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود التى منح المشرع الوضعى الفرنسى لهذا القضاء الإختصاص القضائى بنظرها ، فيكون الإختصاص القضائى فى هذه الحالة قد انعقد للقضاء الإدارى الفرنسى طبقا لإرادة المشرع الوضعى الفرنسى (١) .

فقد ترتب على التفرقة بين أعمال السلطة ، وأعمال الإدارة فى فرنسا إخراج جميع الأعمال التى لاتتضمن أمرا حقيقيا صادرا من الجهة الإدارية من أعمال السلطة . ومن ثم ، من الخضوع لأحكام القانون الإدارى ، ومن اختصاص القضاء الإدارى . ولهذا ، فقد خرجت العقود الإدارية من مجال تطبيق القانون الإدارى فى فرنسا ، وعن ولاية القضاء الإدارى الفرنسى (٢) . وقد استشعر المشرع الوضعى الفرنسى الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية أو أهم تلك العقود . فنص على اختصاص القضاء الإدارى الفرنسى بالفصل فى المنازعات المتعلقة ببعض العقود التى تبرمها الإدارة العامة .

كما توسع القضاء الفرنسى فى تفسير هذه النصوص القانونية الوضعية الفرنسية ، فمد ولايته إلى بعض العقود التى لم يرد فى شأنها نصا قانونيا وضعيا فرنسيا ، قياسا على تلك التى نص عليها المشرع الوضعى الفرنسى (٣) .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٦ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٧ .

وقد كان هذا المسلك من جانب المشرع الوضعي الفرنسي ذا جدوى ، عندما كان القانون الإدارى فى فرنسا يقوم على معيار السلطة العامة – وبعد أن هجر معيار الهدف من العمل موضوع النزاع – فإذا كان هذا العمل يستهدف تحقيق المصلحة العامة ، أعتبر عملا إداريا ، وكانت المنازعة التى يمكن أن تنشأ عنه منازعة إدارية ، يختص بها القضاء الإدارى .

ولكن وبعد أن هجر معيار السلطة العامة فى فرنسا ، أصبحت فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعي الفرنسي لاتنسجم مع الأسس التى يقوم عليها القانون الإدارى الحديث [١] .

وقد كان قانون (٢٨) بليفيور للسنة الثامنة للثورة الفرنسية أول التشريعات التى نصت على هذه الطائفة من العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعي الفرنسي ، حيث نص على اعتبار عقود الأشغال العامة **Marche de travaux publics** من قبيل العقود الإدارية بتحديد القانون الوضعي الفرنسي ، بحيث تختص مجالس الأقاليم بالمنازعات التى تنشأ بين مقاولى الأشغال العامة ، والإدارة العامة ، والمتعلقة بتنفيذ شروط العقد المبرم بينهما . ومن ثم ، كانت جميع المنازعات التى تنشأ بمناسبة الأشغال العامة من اختصاص مجالس الأقاليم .

ولم يحدد قانون (٢٨) بليفيور للسنة الثامنة للثورة الفرنسية المقصود بالأشغال العامة ، فتولى القضاء الإدارى الفرنسي آنذاك تحديد معنى الأشغال العامة ، وتوسع فى مفهومها ، فأدخل فى اختصاص القضاء الإدارى الفرنسي كافة عقود الإدارة المرتبطة بالأشغال العامة ، كعقد المساهمة فى المشروعات العامة ، وعقود توريد الكهرباء ، والمياه ، والغاز ، وعقود

---

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٨ .

تنظيف الشوارع ، والطرق ، وعقود تشغيل المساجين ، وعقود شغل جـــزء من الدومين العام الفرنسى ، وعقود بيع أملاك الدولة الفرنسية [١] .

وقد نصت المادة الرابعة من قانون (٢٨) بليفيور للسنة الثامنة للثـورة الفرنسية على اختصاص القضاء الإدارى الفرنسى بالفصل فـى المنازعـات التى يمكن أن تنشأ عن عقود الأشغال العامة ، سواء التى تبرمها الدولـة ، أو الأقاليم . فى حين أنها قصرت إختصاص القضاء الإدارى الفرنسـى علـى الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقود التوريد التـى تبرمـها الدولة الفرنسية ، دون تلك التى تبرمها الأقاليم [٢] .

كما خولت المادة الثالثة عشر من مرسوم (١١) يونيو سـنة ١٩٠٦ – **والخاص بعقود التوريد Marches de furnitures** – لمجلـس الدولـة الفرنسى "**منعقدا بهيئـة قضـاء إدارى** " الإختصـاص القضـائى بنظـر المنازعات المتعلقة بعقود التوريد التى تبرمها الدولة الفرنسـية ، دون تلـك التى تبرمها الأقاليم [٣] .

وأسند القانون الوضعى الفرنسى الصادر فـى (١٧) يوليـو ١٧٩٠ ، والقانون الوضعى الفرنسـى الصـادر فـى (٢٦) سـبتمبر سـنة ١٧٩٣ الإختصاص القضائى بالفصل فى المنازعات الناجمة عن عقود القرض العـام التى تبرمها الدولة **Contrat d'emprunt public de l'etat** لمجلـس الدولة الفرنسى " **منعقدا بهيئة قضاء إدارى** " .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٨ ، ١٩ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقـد الإدارى – كليـة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٩ .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ١٩ .

أما تلك العقود التى تبرمها الهيئات المحلية بشأن قرض ، فإنها كانت تخضع ، وماينشأ عنها من منازعات للمحاكم العادية الفرنسية (١) .

كما خول القانون الوضعي الفرنسي الصادر في (١٧) يونية سنة ١٩٣٨ القضاء الإدارى الفرنسي الإختصاص القضائي بنظر المنازعات الناجمة عن عقود شغل الدومين العام الفرنسي . ، حيث جاء فيه :

" تخضع لاختصاص مجالس الأقاليم دون إحالة إلى مجلس الدولة المنازعات المتعلقة بعقود شغل جزء من الدومين العام ، أيا كان شكلها ، أو تسميتها ، والتى تبرمها الدولة ، والأقاليم ، والمؤسسات العامة ، أو ملتزمى هذه المؤسسات " .

المعيار القضائى فى تمييز العقود الإدارية :

العقد الإدارى – وفقا لما استقر عليه القضاء الإدارى ، سواء فى فرنسا ، أو فى مصر – هو :

العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام ، بقصد تسيير مرفقا عاما من مرافق الدولة ، أو تنظيمه ، وتظهر فيه نية الإدارة فى الأخذ بأحكام القانون العام . ومناط ذلك ، أن يتضمن العقد شروطا إستثنائية ، وغير مألوفة فى القانون الخاص ، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة العامة الإشتراك مباشرة فى تسيير المرفق العام .

وقد أشارت إلى هذا المفهوم للعقد الإدارى العديد من أحكام القضاء الإدارى – **سواء فى مصر ، أو فى فرنسا** – حيث تقول محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى حكم لها : " . . . **وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن العقد المبرم بين شخص معنوى عام ، وبين أحد الأفراد ، لايستلزم بذاته إعتبار**

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٢٠ .

العقد من العقود الإدارية ، بل إن المعيار المميز لهذه العقود - عما عداها من عقود القانون الخاص - ليس فى صفة المتعاقد ، بل فى موضوع العقد ، متى اتصل بمرفق عام من مرافق الدولة ، من حيث تنظيم المرفق ، أو تسييره ، أو استغلاله ، أو المعاونة ، أو المساهمة فيه ، مشتركا فى ذلك - وعلى درجة متساوية - بظهور نية الشخص المعنوى فى أن يأخذ فى العقد بأسلوب القانون العام ، وأحكامه ، فيتضمن العقد شروطا إستثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص " (١) .

كما قررت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى أنه : " العقود الإدارية تختلف فى طبيعتها عن العقود المدنية ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام ، وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة ، ومركز المتعاقدين فيه غير متكافئ ، إذ يجب أن يراعى فيها تغليب الصالح العام على الصالح الخاص ، وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد ، وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه ، وتفسيره " (٢) .

وتقول المحكمة الإدارية العليا فى مصر - وفى حكم قضائى صادرا منها - أنه : " مناط العقد الإدارى أن تكون الإدارة أحد أطرافه ، وأن يتصل

---

(١) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى - الصادر فى (٢٤) فبراير سنة ١٩٥٧ - فى القضية رقم (٧٧٩) - لسنة (١٠) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٣ ، ٢٤ .

(٢) أنظر : فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى رقم (٦٧) - فى ١٩٥٦/١٠/٢٣ - مجموعة أبو شادى - طبعة سنة ١٩٦٤ - ص ٧٥١ . ومشار إليها كذلك فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٤ .

بنشاط المرفق العام ، من حيث تنظيمه ، وتسييره ، بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته ، مراعاة لوجه المصلحة العامة ، وماتقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة ، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وماينطوى عليه من شروط إستثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص - سواء تضمن العقد هذه الشروط ، أو كانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح " [1] .

فالعقد الإدارى يقوم على أسس ثلاثة [2] :

الأساس الأول - عضوى :

ويعنى أن تكون الإدارة العامة طرفا فى العقد .

الأساس الثانى - يتعلق بموضوع العقد :

وهو أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة .

---

(١) أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر - الصادر فى (٢٤) فبراير سنة ١٩٦٨ - فى القضية رقم (٥٥٦) - س (١١) ق - المجموعة - السنة ٧٥/١٣ - الجزء الثانى - ص ٥٧ . مشار لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٥ . وانظر أيضا فى نفس المعنى : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر - الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ - مجموعة أحكام - السنة (١٧) - ص ٢٦٣ ، حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر - الصادر فى (٢٩) يونيو سنة ١٩٧٤ - الدعوى القضائية رقم (١٠) - السنة الرابعة قضائية عليا " تنازع " ، حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر - الصادر فى (٢٥) فبراير سنة ١٩٧٧ - القضية رقم (٦) " تنازع " - لسنة (٧) ق . مشارا لهذين الحكمين القضائيين الأخيرين فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٧ . وانظر أيضا فى نفس المعنى : حكم محكمة النقض المصرية - الصادر فى (٨) نوفمبر سنة ١٩٧٩ - فى الطعن رقم (٢٩) - لسنة (٤٨) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٧ ، ٢٨ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٢٦ .

والأساس الثالث - يرتبط أيضا بموضوع العقد :

ويعنى أن يتبع فيه أسلوب القانون العام .

عناصر المعيار القضائى فى تمييز العقود الإدارية :

العنصر الأول :

الإدارة طرفا فى العقد الإدارى :

العقد لن يكون إداريا إلا إذا كان أحد طرفيه شخصا عاما ، وهذا شرطا بديهيا ثابتا . فالعقود الإدارية هى طائفة من عقود الإدارة العامة والعقد لن يكون إداريا إلا إذا كان أحد طرفيه شخصا عاما ، وهذا الشرط ثابتا لايتغير ، وهو ضروريا ، ولازما لإعطاء الصفة الإدارية للعقد [١] . لكن كون الإدارة طرفا فى العقد لايجعله - **وبالضروة** - عقدا إداريا ، إذا لم يتوافر فيه العنصران الآخران " **أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام** " [٢] .

ويقصد بالإدارة العامة فى هذا الشأن :

أشخاص القانون العام المستقر على أنهم من الأشخاص العامة . **وهم** : الدولة ، المحافظة ، ، المركز ، المدينة ، الحى ، القرية ، والأشخاص المصلحية . **وهى** : الهيئات العامة ، والمنظمات المهنية التى تتمتع بقدر كبير من السلطة العامة [٣] .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٣٠ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٣٠ .

فقد استقر القضاء الإدارى فى مصر على اعتبار النقابات المهنية المختلفـة – **كنقابة المحامين ، والأطباء ، والمهندسين ، وغيرها** – من النقابات المهنية وكذلك ، بطرخانة الأقباط الأرثوذكس ، والمجلس الملى العـام ، والمجلس الصوفى العام من قبيل الأشخاص المعنوية العامـة ، أى أن العقود التـى تبرمها تكون عقودا إدارية ، إذا توافرت فيها بقية الشروط [١] . وعلى هـذا أيضا ، إستقر القضاء الإدارى فى فرنسا [٢] .

ويترتب على هذا الشرط – والذى يقتضى ضرورة وجود شخص عـام طرفا فى العقد ، إلى جانب الشرطين الآخرين " **أن يتصل العقد بمرفق عـام من مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام** "، لاعتبار العقـد إداريا ، أن العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخـاص يعتـبر عقدا مدنيا .

وكذلك ، تعتبر من قبيل العقود المدنية ، تلك التى تـبرم مـن البـاطن بيـن ملتزمى المرافق العامة ، والغير – **كالمقاولون ، والموردون** – مـن أجـل تنفيذ أشغال عامة .

وكذلك ، العقود التى تبرم بين ملتزمى المرافق العامة ، والمنتفعين من هـذه المرافق ، تعد أيضا من عقود القانون الوضعى الخاص .

---

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٢٩ .

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٠ .

(٢) أنظر :

MARTIN PANNETIER : Element d'analyse corporative des et ablissements publics en droit Francais et en droit anglais . 1966 . P . 133 .

إلا أنه قد ثار جدلا فقهيا ، وقضائيا فى مصر حول طبيعــة الشــخصية القانونية للمشروعات الإقتصادية العامة . وبصفة خاصة ، فى أعقاب قوانيـن التأميم ، فكان التساؤل حول الأثر القانونى لهذا التحــول فــى ملكيــة هــذه المشروعات . وهل يرتب ذلك ، إكتسابها الشخصية المعنويـــة العامــة ، أم تحتفظ بالشخصية المعنوية الخاصة – والتى كانت لها قبل التأميم ؟ .

وقد سلك المشرع الوضعى المصرى فى إدارة المشروعات المؤممــة أحــد طريقين ، حين أضفى على بعض هذه المشروعات الشخصية المعنوية العامة صراحة وفقا للقانون الوضعى المصرى الصادر سنة ١٩٧٥ ، حيث عرفــت المذكرة الإيضاحية للقانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسـنة ١٩٦٣ [١] المؤسسة العامة بأنها : " **شخص من أشخاص القانون العام تمارس نشــاطا صناعيا ، أو تجاريا ، أو زراعيا ، أو ماليا ، أو تعاونيا ، ولـــها ميزانيــة مستقلة ، تعد على نمط الميزانيات التجارية** " .

وبذلك ، فقد صار من حق هذه المؤسسات ممارسة وسائل السلطة العامــة – **ووفقا للنظام القانونى المقرر لها** – بمقتضى القانون الوضعى المصرى رقـم (٦٠) لسنة ١٩٦٣ ، والقانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسـنة ١٩٧١ – **والمنظم للمؤسسات العامة ، ومايتبعها من وحدات إقتصادية** – ومن ثـم ، تستطيع هذه المؤسسات أن تبرم عقودا ذات طبيعة إدارية [٢] .

وأما الطريق الآخر الــذى اختــاره المشــرع الوضعـــى المصـــرى لإدارة المشروعات العامة ، فيتمثل فى الإحتفاظ للمشروع العام بصــــورة الشـــركة المساهمة ، والتى تخضع للقانون الوضعى المصرى الخـــاص فـــى مزاولـــة

---

[١] ألغى القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٦٣ .

[٢] أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٢ .

نشاطها ، فيما عدا الأحكام التى يستثنيها المشرع الوضعى المصرى صراحة ، أو تلك التى لاتتفق وتملك الدولة لجميع أسهم المشروع .

وقد ذهبت غالبية فقه القانون الوضعى المصرى إلى إنكار الشخصية المعنوية العامة على شركات القطاع العام ، وجمعياته ، واعتبرها من أشخاص القانون الخاص ، وتخضع لقواعد القانون التجارى المصرى - **والتى تسرى على الشركات المساهمة .**

ومن ثم ، فإن العقود التى تبرمها هذه الشركات لاتعتبر عقودا إدارية ، وإنما هى من عقود القانون الخاص [١] ، [٢] .

فمن حيث أن شركات القطاع العام من أشخاص القانون الخاص التى تمارس نشاطها فى نطاق هذا القانون . وبهذه المثابة ، فإنها لاتعتبر أجهزة حكومية أو هيئات ، أو مؤسسات عامة [٣] .

ومن حيث أن شركة " المقاولون العرب " تعتبر من شركات القطاع العام ولايغير من كونها كذلك خضوعها لأحكام القانون الوضعى المصرى رقم

---

[١] أنظر : سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٥٧ ، ٥٨ .

[٢] أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر - الصادر فى (١٠) ديسمبر سنة ١٩٧٢ - س (٢٨) ق - رقم (٢٦) . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أنظر : **جمال عثمان جبريل** - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٣٢ .

[٣] أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر - الصادر فى (٢٧) يناير سنة ١٩٧٩ فى القضية رقم (٤٣٣) - المجموعة - س (٣٤) - ص ٥٥ . وفى نفس المعنى تقريبا ، أنظر : حكم المحكمة الدستورية العليا فى مصر - القضية رقم (١١) - لسنة (١) ق " تنازع " - بتاريخ ١٩٨٠/٢/١٦ - مجموعة أحكام ، وقرارات المحكمة الدستورية العليا حتى (٣٠) يوليو سنة ١٩٨١ - الجزء الأول - ص ٢٦٢ .مشارا لهذين الحكمين القضائيين فى : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٣٣ .

(٣٩) لسنة ١٩٦٤ فى شأن بعض الأحكام الخاصة لشـــركات مقـــاولات القطاع العام . ذلك أن هذا القانون وإن اختصها ببعض الأحكام ، إلا أنه لـــم يغير من وصفها المشار إليه ، بأن أبقى لها هذا الوصف صراحة ، وهـــو وصف الشركة . وعلى ذلك ، فإنها تعتبر – شأن كل شركات القطاع العـــام – شخصا من أشخاص القانون الخاص ، وبـــهذه المثابـــة ، لاتعتـــبر مـــن الأجهزة الحكومية ، أو الهيئات ، أو المؤسسات العامة [١] .

ثم صدر القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ ليقضـــى على الخلاف الفقهى بصدد شركات القطاع العام ، وليوضح الطبيعة القانونيـــة لهذه الشركات ، وتمييزها عما تنشئه من شركات تابعة لها .

فتنـــــص المــــــادة الثانيــــــة منـــــــــه علـــــــى أنــــــــه :

" تنشأ هيئة القطاع العام بقرار من رئيس الجمهورية وتكون لها الشـخصية الإعتبارية وتعتبر من أشخاص القانون العام . . . " .

وبهذا ، فقد منحت هيئات القطاع العام الشخصية الإعتبارية ، فصارت مـــن أشخاص القانون العام المصرى . ويترتب على ذلك ، أن العقود التى تبرمـــها هيئة القطاع العام تعد من قبيل العقود الإدارية ، متى توافر فيها العنصـــران الآخران اللازمين لتمييز العقد الإدارى " أن يتصل العقد بمرفـــق عـــام مـــن مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام " .

أما فيما يتعلق بالشركات التابعة لهيئة القطاع العام ، فقد نـــص القـــانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ فى مادته السابعة عشـــر علـــى وجوب اتخاذ تلك الشركات شكل الشركة المساهمة .

---

[١] أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – رقم (٧٨٠) – الصادر فى (١٧) فـــبراير ســـنة ١٩٧٢ – المجموعة – س (٢٤) – ص ٦٧ . مشار لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جـــبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – ســـنة ١٩٩٤ – ص ٣٣ .

فالمشرع الوضعى المصرى قد أراد لها الطبيعة الخاصة ، حيث نصت المادة الثانية من القانون الوضعى المصرى رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ على أنه :

" تسرى على شركات القطاع العام فيما لم يرد به نص خاص من هذا القانون وبما لايتعارض مع أحكامه ، الأحكام التى تسرى على شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١ " .

ثم صدر قانون قطاع الأعمال العام المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام ، ليضع حدا لكل هذه الخلافات ، باعتباره مرحلة انتقالية نحو تحويل النشاط الإقتصادى التى كانت تقوم به الدولة إلى الأفراد [١] .

العنصر الثانى :

أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة " علاقة العقد بالمرفق العام " :

تحتل فكرة المرفق العام مكانة هامة فى القانون الإدارى ، ويرجع الفضل فى نشأة نظرية المرفق العام إلى مجلس الدولة الفرنسى . وكذلك ، محكمة التنازع الفرنسية ، فى النصف الثانى من القرن الماضى ، حيث أخذ مجلس الدولة الفرنسى – **ولأول مرة** – بمعيار المرفق العام فى قضية روتشيلد **RPTSHILD** سنة ١٨٥٥ ، ثم توالت أحكامه القضائية بعد ذلك فى هذا الشأن [٢] .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٤ .

(٢) أنظر : ثورية العيونى – معيار العقد الإدارى – دراسة مقارنة – رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون – مقدمة لكلية الحقوق – جامعة عين شمس – سنة ١٩٨٧ – ص ١٤٩ ومابعدها ، جمال

وقد ظهر أول تطبيق لفكرة المرفق العام فى مجال العقود الإدارية فى القضاء الإدارى الفرنسى ، فى حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية TERRIER [١] ، وقد قرر المفوض الشهير : " روميو " فى هذا الحكم أن : " **كل مايتعلق بتنظيم ، أو تسيير المرافق العامة بالمعنى الضيق – سواء كانت الإدارة تتصرف عن طريق عقد ، أو بصفتها سلطة عامة – يخضع لاختصاص القضاء الإدارى** " .

ولم يحاول القضاء الإدارى الفرنسى فى أحكامه وضع تعريفا محددا للمرفق العام ، تاركا ذلك لاجتهاد فقه القانون الوضعى الفرنسى .

وقد اعتبر القضاء الفرنسى – **ومنذ عام ١٩١٢** – أن شرط اتصال العقد بالمرفق العام – **وحتى يمكن اعتباره عقدا إداريا** – هو شرطا ضروريا ، ولكنه ليس كافيا وحده لذلك .

وتطبيقا لذلك ، فقد رفضت محكمة التنازع الفرنسية – **وفى حكم قضائى لها** – إعتبار عقدا أبرمته إدارة المنشآت ، والقوات البحرية ، مع أحد الأشخاص لتجديد مركب صيد ، من قبيل العقود الإدارية ، مقررة أنه : " **هذا العقد لايتعلق بتسيير المرفق العام ، وهو بطبيعته من عقود القانون الخاص ، وأن تلك الشروط الواردة به ، والتى فى صالح الإدارة ليست كافية بذاتها لتغيير صفة العقد** " [٢] .

عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٦ .

(١) أنظر :

C . E . 6 Feb 1903 . TERRIER .

(٢) أنظر :

T . C . 22 Novembre . 1951 . chilafa hasen . P . 643 .

فشرط ارتباط العقد بالمرفق العام هو شرطا مطلقا لاعتبار العقد إداريـــا وتخلفه يجعل العقد من عقود القانون الخاص ، بالرغم من وجـــود الشـــروط الإستثنائية فى العقد . ويستثنى من ذلك ، حالات العقـــود الإداريـــة بتحديـــد القانون الوضعى الفرنسى – كعقود الأشغال العامة ، أو التى تتعلـــق بشـــغل الدومين العام الفرنسى – فهذه العقود يمكـــن ألا ترتبـــط بتســـيير المرافـــق العامة [١] .

وقد كان شرط ارتباط العقد بالمرفق العام يتطابق وموقف القضاء مـــن عقود الأشخاص العامة على دومينها الخاص ، فقد أخرجها من مجال العقـــود الإدارية تماما ، باعتبار أن إدارة الدومين الخـــاص هـــى الفكـــرة النقيضـــة المواجهة لفكرة المرفق العام ، أو المتعارضة معها .

ولذلك ، فقد اعتبر – ومنذ وقت طويل – أن العقود المتعلقة بإدارة الدومين الخاص للأشخاص الإعتبارية العامة من قبيل عقود القانون الوضعى الخاص وأن المنازعات المنازعات التى تنشأ عن إدارة الدومين الخاص للدولـــة ، أو أشخاصها الإقليميـــة ، أو المصلحيـــة لاتدخـــل فـــى اختصـــاص القضـــاء الإدارى [٢] .

ولكن القضاء الفرنسى هجر هذا الإتجاه منذ عام ١٩٥٤ ، حيث صدرت عـدة أحكام قضائية متفرقة أثارت التساؤل حول مدى هذا التغيير ، وصفاته ؟ . ثـم

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٣٧ ، ٣٨ .

(٢) أنظر :

Cass . Civ . 30 Juin . 1926 . DELLEWEILL . S . 1973 ; C . E . 26 Janvier . 1951 . Societe anonyme miniere . P . 49 ; T . C . 29 Janvier . 1952 . conservateur de eaux et forets de Corse . P . 613 .

تعددت أحكام القضاء فى فرنسا بعد ذلك ، وكانت أكثر صراحة فى اتجاه التغيير ، والتحول عن الرأى السابق .

وقد صدرت هذه الأحكام عن ثلاث محاكم عليا . وهى : مجلس الدولة الفرنسى ، محكمة النقض الفرنسية ، ومحكمة التنازع الفرنسية ، والتى اعتبرت أن العقود التى تبرمها الإدارة العامة ، لإدارة دومينها الخاص يمكن أن تكون عقودا إدارية [١] .

وبعد هذا القضاء ، فإن شرط ارتباط العقد بتسيير المرفق العام ، لاعتباره عقدا إداريا ، أصبح موضع شك ، بعد أن اعتبر القضاء الفرنسى أن الإدارة العامة يمكن أن تبرم عقود ذات طبيعة إدارية ، فى سبيل إدارة الدومين الخاص .

ومع وجود هذا القضاء فى فرنسا ، فإن جانبا من فقه القانون الوضعى الفرنسى قد أكد على ضرورة وجود شرط ارتباط العقد بتسيير المرفق العام ، لاعتباره عقدا إداريا . فالقواعد الإستثنائية ، وغير المألوفة فى العقود الإدارية ، لايمكن تبريرها إلا باتصال العقد بتسيير المرفق العام [٢] .

---

(١) أنظر :

. l'arret du conseil d'Etat du 17 Decembre 1954 . GROSY . D . 1956 . P . 527 . Note : ROUGEVIN – BAVILLE . T . C . 20 Avril 1959 . Societe nouvelle d'eupoitation des plagespiscines et patinoures . P . 866 ; 2 Juillet . 1962 . consorts Cazautet . P . 823 ; 22 Novembre. 1965 . Calmette . J . C . P . 1966 . 11 ; 14484 , Concl . findonis. D . 1966 . j . 258 . Note Y . FENOIR . C . E . 26 Fevrier . 1956 . Societe du velodrowe du parc des princes . R . D . P . 1965 . 513 . comcle . brtr and (42) ; Cass . Civ . 13 Juin . 1970 . Theatre deNewlly . Bull . 319 . T . C . 2 Juin 1975 . Salas . P . 796 ; C . E . 9 Novembre . 1979 Leclert . P . 410 ; C . E . 30 Janvier . 1980 de Paris . P . 54 .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٠ .

ويظهر شرط ارتباط العقد بتسيير المرفق العام ، لاعتباره عقدا إداريا في أحكام القضاء الإدارى في مصر ، والتى تواترت على أنه : " . . . **وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود الخاصة بطابع معين مناطه إحتياجات المرفق العام الذى يستهدف العقد الإدارى تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة . غير أن مجرد صلة العقد بالمرفق العام ، وإن كانت شرطا لازما ، فإنها ليست كافية** " [1] .

وأنه : " . . . ولما كانت هذه العقود " الإدارية " تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة – وهى تسيير المرافق العامة – عن طريق الإستعانة بالنشاط الفردى ، مما ينبغى معه أن يراعى فيها دائما – وقبل كل شئ – تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة . . . " [2] .

وفى تقريره الصفة الإدارية للعقد المبرم بين أحد المواطنين ، ومصلحة السياحة ، باعتبار أنه عقدا يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية ، من حيث اتصاله بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأخذه بأسلوب القانون العام المصرى [3] .

---

(1) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر – الصادر فى (٩) ديسمبر سنة ١٩٥٦ – فى القضية رقم (٨٧٠) – لسنة (٥) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤١ .

(2) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر – الصادر فى (١٦) ديسمبر سنة ١٩٥٦ – فى القضية رقم (١٦٠٩) – لسنة (١٠) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(3) أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – السنة العاشرة – ص ٣١٦ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

وأن : " عقد التأليف المبرم بين وزارة التربية ، والتعليم ، وبين بعض المؤلفين ، هو عقدا إداريا ، لأنه يسهم فى تسيير مرفق التعليم ، وقد انطوى على شرطا إستثنائيا " (١) .

وأن : " الإدارة تستمد إمتيازاتها فى مجال العقود الإدارية ، لامن نصوص هذه العقود ، ولكن من طبيعة المرفق العام ، واتصال العقود به ، ووجوب الحرص على استمرار ، وانتظام سيره ، بما يحقق المصلحة العامة . . . " (٢) .

ويؤخذ المرفق العام فى هذا الشأن بأوسع معانيه ، حيث أنه لايتقيد بنوع معين من المرافق العامة .

فلاتقتصر فكرة العقود الإدارية على المرافق الإدارية ، بل يجوز أن تلجأ إليها المرافق الأخرى ، لاسيما المرافق الصناعية ، والتجارية ، إذا توافرت فيها باقى الشروط الازمة لاعتبارها عقودا إدارية (٣) .

وعلى هذا ، يعتبر اتصال العقد بنشاط مرفق عام من مرافق الدولة هو أمرا لازما ، وضروريا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد . أما مدى هذا الإتصال ؟ . فهى مسألة موضوعية ، يراعيها القضاء المقارن فى كل حالة

---

(١) أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – الصادر فى السنة الثالثة عشر – ص ١٩٥٣ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٢ .

(٢) أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – الصادر (١٩) ديسمبر سنة ١٩٨١ – فى الطعن رقم (١٩٤) – لسنة (٢٤) قضائية . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٢

على حدة . بحيث إذا انبتت صلة العقد بالمرفق العام ، إعتبره القضاء المقارن من قبيل عقود القانون الخاص (١) .

وفى هذا الشأن ، يختلف إتجاه القضاء الإدارى المصرى عن نظيره الفرنسى . ففى حين اعتبر الأول أن العقود المبرمة من الأشخاص العامة ، لإدارة أموالها الخاصة ، هى من قبيل العقود المدنية ، لانقطاع صلتها بتسيير مرفق عام من مرافق الدولة (٢) . فإن القضاء الإدارى الفرنسى قد عدل عن هذا الإتجاه ، واعتبر أن عقود الإدارة فى إدارة دومينها الخاص يمكن أن تكون عقودا إدارية ، إذا توافر فيها الشرطين الآخرين " أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام " (٣) .

ولايشترط أن يكون اتصال العقد بالمرفق العام على صورة معينة لاعتباره عقدا إداريا ، وإنما يكفى الإتصال على أى وجه كان – سواء من حيث تنظيم المرفق ، أو استغلاله ، أو تسييره ، أو المعاونة ، والمساهمة فى ذلك (٤) .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٣ .

(٢) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر – الصادر فى (٩) ديسمبر سنة ١٩٥٦ – السنة الخامسة قضائية – ص ٧٨٠ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٣ .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٤ .

(٤) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٤ .

فنجد أن هناك عقودا إدارية تتصل بتنظيم مرفق عام من مرافق الدولة واستغلاله عن طريق اشتراك المتعاقد فى إدارة مرفق من مرافق الدولة - **كعقد الإمتياز ، وعقد الأشغال العامة** . ومن تلك العقود مايرتبط بالمرفق عن طريق المعاونة فى تسيير مرفق عام من مرافق الدولة ، بتوريد مواد ، أو تقديم خدمات له - **كعقود التوريد** (١) .

فبالرغم من أهمية فكرة المرفق العام ، وأثرها فى أسس القانون الإدارى ونظرياته العامة . ومنها ، نظرية العقود الإدارية ، إلا أن ارتباط العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، لايكفى وحده لإضفاء الصفة الإدارية عليه بل يلزم توافر الشرطين الآخرين " **أن يتصل العقد بمرفق عام من مرافق الدولة ، وأن يتبع فيه أسلوب القانون العام** " . فإذا كان هذا الإرتباط ضروريا ، فإنه ليس كافيا ، لكى يكتسب العقد الصفة الإدارية (٢) .

والعنصر الثالث :

إختيار الإدارة لوسائل القانون العام Les elements exorbitans :

هذا هو الشرط الثالث فى العقد الإدارى ، وهو مايطلق عليه فقه القانون الوضعى الفرنسى معيار الشروط غير المألوفة . فى حين يفضل الفقيه الفرنسى : " **دى لوبادير** " تسميته : " **بمعيار العناصر غير المألوفة** " ، حيث يرى سيادته أن الأمر يختلف . فالشروط التعاقدية لابد وأن تكون نتاج اتفاق إرداتين . فى حين أن العناصر غير المألوفة فى عقود القانون الخاص يمكن

---

(١) انظر : جمال عثمان جبريل - الإشارة المتقدمة .

(٢) انظر : جمال عثمان جبريل - الإشارة المتقدمة .

أن تقرر فى اطار قانونى ، يكون خارجا عن إرادة طرفى العقد ، وتضاف إلى العقد – **وكما يحدث فى العقود الإدارية** [1] .

وتلعب الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص دورا هاما فى مجال العقود الإدارية . فمجرد وجودها فى العقد يعطى إيحاء بأن طرفيه قد اتفقت إرادتيهما على إبرام عقد من العقود الإدارية .

فالشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص هى أهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الإدارى – **سواء فى فرنسا ، أو فى مصر** – للكشف عن نية الإدارة فى اختيار وسائل القانون العام . أى أن الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص هى التى تدخل الصفة الإدارية على العقد . ومن ثم ، تعقد الإختصاص للقضاء الإدارى ، وتدخل العمل القانونى فى مجال تطبيق القانون الإدارى [2] .

ماهية الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص :

بالرغم من جهود فقه القانون الوضعى المقارن لتوضيح المقصود بالشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، من خلال تحليل الأحكام القضائية الصادرة فى هذا الشأن ، فإن العديد من النقاط المتعلقة بتلك الشروط مازال فى حاجة إلى إيضاح . ولايرجع ذلك إلى ندرة الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإدارى المقارن ، بل إن الأمر عكس ذلك .

---

(1) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٥ .

(2) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٦ .

فالأحكام القضائية كثيرة فى هذا المجال ، ولكنها – ولأسباب عديدة – لم تحسم هذا الأمر .

فالقضاء الإدارى المقارن إما أن يقرر بأن العقد لايشتمل على شروط غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ، إذا رأى أنه من عقود القانون الخاص ، أو أن يعلن احتواء العقد على شروط غير مألوفة فى عقود القانون الخاص ، دون بيان لهذه الشروط . ومن ثم ، يعتبره عقدا إداريا . وأحيانا يقرر وجود شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص (١) .

فالشرط غير المألوف فى عقود القانون الخاص ينتج فى بعض الحالات عن إحالة الطرفين إلى بعض المصادر ، لتحكم الرابطة التعاقدية ، ويذكر ذلك بالعقد (٢) .

كما أن فكرة الشرط غير المألوف في عقود القانون الخاص تتطابق مع السلطة الإستثنائية . ومع ذلك ، فإن هذه السلطة الإستثنائية لاتكفى لتحديد القيود بالشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص (٣) .

والشرط غير المألوف فى عقود القانون الخاص هو :

ذلك الشرط الذى لايمكن أن نجده فى عقود القانون الخاص ، أو أنه شرطا غير مألوف فى مثل هذه العقود (٤) .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٧ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٤٨ .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(٤) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

وبمعنى آخر ، فإن الشرط غير المألوف هو :

ذلك الشرط الذى يبدو وكأنه أمرا خاصا بالقانون العام ، أو أنه طابعا لهذا القانون – سواء من حيث محتواه ، أو من حيث الهدف منه (١) .

وقد حاول فقه القانون الوضعى المقارن وضع مفهوما محددا لفكرة الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، أو الإستثنائية .

فذهب رأى إلى أن الشرط الإستثنائى هو :

ذلك الشرط الذى يعتبر باطلا ، إذا أدرج فى عقد من عقود القانون الخاص ، لمخالفته للنظام العام فى القانون الوضعى (٢) .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، و الإستثنائية :

تتجاوز فكرة السلطة ، أو الخروج عن المألوف ، والذى اعتاده الأفراد والجماعات ، وتتمثل أساسا فى الشروط وثيقة الصلة بمبادئ القانون العام . ولذلك ، فإن تحديد ماهية هذه الشروط يرتكز على فكرتين أساسيتين :

الفكرة الأولى :

وتستمد من الطبيعة الفنية للعقود الإدارية .

والفكرة الثانية :

ناجمة عن وظيفة الإدارة فى تحقيق المصلحة العامة .

وتطبيقا لذلك ، تعتبر شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص وإستثنائية تلك التى تحيل إلى المبادئ ، والنظريات الخاصة بالعقود الإدارية

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر :

WALINE (M .) : Droit administratif . 1953 . P . 499 .

- كنظرية الظروف الطارئة ، والتوازن المالى للعقد - وكذلك ، تلك الشروط التى تستوحى من اعتبارات النفع العام .

فالشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، والإستثنائية تدور حول فكرتين رئيسيتين ، وتنحصر فى طائفتين :

الطائفة الأولى :

وهى تلك الشروط التى تتسم بطابع السلطة العامة .

والطائفة الثانية :

وهى التى تخرج عن المألوف فى تعاقدات الأفراد ، والجماعات .

أولا :

الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، والتى تتسم بطابع السلطة العامة :

تتميز هذه الشروط بأنها تحمل طابع السلطة . ولذا ، فإنها تعتبر غريبة على علاقات القانون الخاص ، إما لأنها تمنح الإدارة العامة سلطات إستثنائية ، فى مواجهة المتعاقد معها ، وإما لأنها تمنح المتعاقد مع الإدارة العامة بعض امتيازات السلطة العامة ، فى مواجهة الغير [1] .

(أ) :

الشروط غير المألوفة التى تتضمن إمتيازات للإدارة العامة فى مواجهة المتعاقد معها :

تعد الشروط غير المألوفة التى تتضمن إمتيازات للإدارة العامة ، فى مواجهة المتعاقد معها من أهم مايميز العقود الإدارية ، فبمقتضاها تستطيع الإدارة العامة أن تحمل المتعاقد معها التزامات بارادتها المنفردة ، مما يجعل

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٤٩ .

موقف طرفى العقد عندئذ غير متكافئ ، حيث يعد ذلك إخلالا بقاعدة المساواة بين المتعاقدين – **والمعروفة فى عقود القانون الخاص .**

فالفرد الذى يتقدم بقصد التعاقد فى مناقصة ، أو مزايدة عامة ، يلتزم بمجرد تقدمه للإدارة العامة . بينما لاتلتزم الإدارة العامة إلا فى وقت متأخر ، وقد لاتلتزم على الإطلاق . وفى بعض العقود ، قد تشترط الإدارة العامة شروطا هى من قبيل شروط الأفراد فى عقود القانون الخاص .

إلا أن أغلب الشروط التى تبرز امتيازات السلطة العامة تظهر أثناء تنفيذ العقد ، وهذه الشروط متعددة ، تمنح الإدارة العامة بمقتضاها سلطات لايمكن أن توجد فى عقود القانون الخاص [1] . ومنها :

المثال الأول :

الشروط التى تضمنها الإدارة العامة عقودها ، وتحتفظ بمقتضاها بالحق فى تعديل التزامات المتعاقد معها – سواء بالنقص ، أم بالزيادة – وحقها فى الإشراف ، والرقابة ، ضمانا لحسن تنفيذ العقد .

المثال الثانى :

الشروط التى تخول الإدارة العامة حق توقيع عقوبات على المتعاقد معها ، فى حالة إخلاله بالتزاماته ، دون اشتراط وقوع ضرر ، أو الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة .

والمثال الثالث :

الشروط التى تقرر للإدارة العامة إمتياز التنفيذ المباشر " كاتخاذ الإجراءات الضرورية لحسن سير مرفقا عاما من مرافق الدولة - كالوضع

---

(1) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٠ .

تحت الحراسة ، والحلول محل المتعاقد ، ووقف العقد فى حالـــة التقصــير وحق الإدارة العامة فى فسخ العقد ، بإرادتها المنفردة [١] .

(ب) :

الشروط غير المألوفة التى تخول المتعاقد مع الإدارة العامــة سلطات إستثنائية فى مواجهة الغير :

الشروط غير المألوفة التى تخول المتعاقد مع الإدارة العامــة ســلطات إستثنائية ، فى مواجهة الغير هى :

الشروط التى تخول المتعاقد مع الإدارة العامة ممارسة بعــض مظــاهر السلطة التى تمارسها الإدارة العامة عادة ، بالقدر الذى يستلزمه تنفيذ العقــد الإدارى [٢] . ومنها :

المثال الأول :

مايرد فى عقد التزام المرافق العامة من شروط تخول الملتزمين الحـــق فى اقتضاء رسوما معينة ، أو ممارسة بعض سلطات البوليس ، أو حق نــزع الملكية ، أو فرض ارتفاقات معينة .

والمثال الثانى :

الشروط التى ترد على عقد الأشغال العامة ، وتعطى المقـــاول ســلطة الإستيلاء المؤقت على العقارات ، أو شغلها مؤقتا ، فى حالة عـــدم الإتفـــاق وديا مع الملاك [٣] .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كليـــة الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥١ .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل – الإشارة المتقدمة .

ثانيا :

الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص (١) :

الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص وإن كانت لاتتضمن أى مظهر من مظاهر السلطة العامة للإدارة العامة كطرف فى العقد ، فإنها مع ذلك تمثل وضعا غير مألوف فى العلاقات الفردية - **أى فى عقود القانون الخاص . ومنها :**

المثال الأول :

مايرد فى العقد ، ويفيد الإحالة إلى النظرية العامة للعقود الإدارية - كالأحكام المتعلقة بإعادة التوازن المالى إلى العقد ، أو نظرية الظروف الطارئة :

وهى شروطا لايمكن تفسيرها إلا فى اطار مبادئ ، وقواعد القانون الإدارى ، وهى شروطا ليست مستحيلة فى عقود القانون الخاص ، ولكن من غير المألوف إدراجها فيها ، وتلجأ الإدارة العامة لإدراجها فى عقودها لارتباطها بالقواعد التى تحكم تنفيذ العقود الإدارية (٢) .

المثال الثانى :

الإحالة إلى دفاتر شروط معينة :

---

(١) فى دراسة الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، أنظر : **عبد العظيم عبد السلام / منير عبد القدوس عبد الله** - الظروف المختلفة التى تواجه المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإدارى - دروس عملية لطلبة الفرقة الثالثة بكلية الحقوق - جامعة المنوفية - ١٩٩٢ / ١٩٩٣ .

(٢) أنظر : **جمال عثمان جبريل** - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥١ ، ٥٢ .

وعندئذ ، قد يكون العقد خاليا من أية شرط إستثنائي ، ولكنه يحيل في بعض الأمور التى ينظمها – أو حتى فى كل تلك الأمور – إلى أحد دفاتر الشروط التى تنظم العقود الإدارية (١) .

ودفاتر الشروط هي :

عبارة عن شروط موحدة لطوائف مختلفة من العقود الإدارية ، تقوم الإدارة العامة باعدادها مقدما ، وتضمنها دفاتر مطبوعة ، وتعتبر جزء من العقد الإدارى بعد إبرامه ، ولكن الإحالة إلى دفاتر الشروط فى العقد لاتعطى العقد الطابع الإدارى ، إلا إذا كان مضمون هذه الدفاتر ذاته ينطوى على شروط إستثنائية غير مألوفة (٢) .

والمثال الثالث :

الشروط التى تجعل الإختصاص للقضاء الإدارى :

قد تضمن الإدارة العامة عقودها نصوصا تشير إلى انعقاد الإختصاص للقضاء الإدارى ، فى حالة نشأة منازعات عن أحد عقودها ، وهذه الشروط لاتكفى وحدها لاعتبار العقود المبرمة عندئذ من العقود الإدارية (٣) .

وإذا كان للمتعاقدين حرية اختيار أسلوب القانون العام ، أو أسلوب القانون الخاص فى إبرام عقودهم . إلا أن الإتفاق بين الإدارة العامة ، والأفراد

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٢ .

(٢) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٢ .

(٣) أنظر : جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإدارى – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٣ .

لايمكن أن يعدل قواعد الإختصاص القضائى ، لأنها قواعد تتعلق بالنظام العام فى الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - لذلك ، فإن شرط الإتفاق على اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقد لايكون له تأثير على طبيعة العقد ، فهو يكون عديم القيمة ، إذا كانت طبيعة العقد الخاصة واضحة (١) .

وتبدو أهمية شرط الإتفاق على اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقد إذا كانت طبيعة العقد غير واضحة . بمعنى ، أن العقد الذى ورد به الشرط قد يكون خاصا ، أو إداريا - **بناء على إرادة المتعاقدين** - إذا كانت الشروط الأخرى غير قاطعة الدلالة فى تأكيد طبيعة العقد . وعندئذ ، يكون شرط الإتفاق على اختصاص القضاء الإدارى بمنازعات العقد - **وبالإضافة إلى القرائن الأخرى** - العامل الحاسم فى إبراز صفة العقد الإدارية (٢) .

ثالثا :

إشتراك المتعاقد مع الإدارة العامة فى تسيير المرفق العام :

إذا خلا العقد من الشروط غير المألوفة فى عقود القانون الخاص ، أو من الإحالة عليها ، فإن العقد يكون إداريا إذا كان من شأنه أن يؤدى إلى إشراك المتعاقد مباشرة فى تسيير مرفق عام من مرافق الدولة . وعلى هذا فقد استقر القضاء الإدارى المقارن على أن عقد امتياز المرافق العامة هو دائما عقدا إداريا ، لأنه يؤدى إلى اشتراك الملتزم فى إدارة مرفقا عاما من مرافق الدولة بنفسه (٣) .

---

(١) أنظر : جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥٣ .

(٢) أنظر : سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٨٦ ، جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - الكتاب الأول - إبرام العقد الإدارى - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٤ - ص ٥٣ .

هذه هي الشروط الأساسية التي يجب توافرها في العقد ، حتى يمكن إعتباره عقدا إداريا ، وهي شروطا تتفق عليها غالبية فقه القانون الوضعي المقارن . كما تمثل الإتجاه الغالب في القضاء الإداري المقارن ، سواء في فرنسا ، أم في مصر (١) .

ولكن هذا الإتفاق لم يمنع جانب من فقه القانون الوضعي المقارن من أن يتجه إلى الإكتفاء في هذا الشأن بشرط وحيد ، ألا وهو الشروط الإستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص ، مهدرين بذلك شرط المرفق العام ومؤكدين أن العقد يصبح إداريا إذا تضمن هذه الشروط الإستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص ، بغض النظر عن علاقته بمرفق عام من مرافق الدولة . وقد وجد هذا الرأي صداه في بعض أحكام القضاء الإداري في فرنسا ، بل إن بعض أحكام القضاء الإداري في فرنسا قد ذهبت إلى أبعد من ذلك ، فذكرت صراحة أن احتواء العقد الذي تبرمه الإدارة العامة على شروط إستثنائية غير مألوفة يجعل هذا العقد إداريا ، ولو كان منبت الصلة بمرفق عام من مرافق الدولة (٢) .

---

(٣) أنظر : سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٨٦ ، ٨٧ ، جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإداري – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٤ ، ٥٥ .

(١) أنظر : سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٨٦ ، ٨٧ ، جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإداري – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٥ .

(٢) أنظر : سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٨٦ ، ٨٧ ، ص٩١ ومابعدها ، جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية – الكتاب الأول – إبرام العقد الإداري – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – سنة ١٩٩٤ – ص ٥٥ .

التحكيم الإختيارى فى منازعات العقود الإدارية :

كانت المواد (٥٠١) - (٥١٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **وقبل إلغائها بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية** ، **والتجارية** - تنظم أحكام ، وإجراءات الفصل فى المنازعات المدنية ، والتجارية عن طريق نظام التحكيم ، وفى ظل العمل بتلك المواد كانت مسألة مدى جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - فى منازعات العقود الإدارية مثارا للخلاف فى الرأى ، وصدرت فى خصوصها أحكاما قضائية ، وفتاوى ، تباينت الآراء فيها .

حيث صدرت أحكاما من القضاء الإدارى فى مصر لاتقر صحة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات المدنية والتجارية عن طريق نظام التحكيم[1] .

فقد بدأ عرض مسألة مدى جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - فى منازعات العقود الإدارية على محكمة القضاء الإدارى " دائرة **العقود الإدارية** ، **والتعويضات** " فى مصر فى الدعوى القضائية المعروضة عليها رقم (٤٨٦) لسنة (٣٩) القضائية ، والمرفوعة من الشركة المصرية المساهمة للتعمير ، والإنشاءات السياحية ، فى ١٩٨٤/١٠/٢٨ ، ضد السيد وزير الإسكان ، والمرافق ، وآخرين . وانتهت الطلبات القضائية النهائية للشركة المدعية بجلسة ١٩٨٦/٣/١٦ فى مواجهة الحاضر عن الحكومة بإلزام وزارة الإسكان بتعيين محكما عنها ، للفصل فى المنازعات القائمة بين الشركة المدعية ، والحكومة المصرية ، طبقا لأحكام عقد امتياز هضبة المقطم .

---

(١) فى انعقاد قضاء مجلس الدولة المصرى بعدم جواز الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى المنازعات الإدارية ، أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

وقد رأت محكمة القضاء الإدارى أنه إزاء صراحة نص البند خامسا من اتفاق (١٤) أبريل سنة ١٩٥٥ - **والملحق بعقد استغلال منطقة قرية المنتزه ، واستصلاح ، وتعمير منطقة جبل المقطم ، والمبرم فى (٩) من نوفمبر سنة ١٩٥٤** - فإنها تقضى بما طلبته الشركة من الزام الحكومة المصرية بتعيين محكما عنها فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، للفصل فى النزاع القائم بينهما فى خصوص تنفيذ عقد الإمتياز ، إعمالا لما ارتضاه طرفاه ، والتقت عليه إرادتيهما .

وبناء عليه ، فقد صدر حكم محكمة القضاء الإدارى بإلزام المدعى عليه الأول بصفته وزير الإسكان ، **والمرافق بتعيين محكما عنه فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع** موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمنصوص عليها فى البند خامسا من اتفاق (١٤) أبريل سنة ١٩٥٥ .

وقد طعنت هيئة قضايا الدولة نيابة عن السيد وزير الإسكان ، والمرافق فى الحكم القضائى المتقدم ذكره أمام المحكمة الإدارية العليا ، حيث قيد الطعن برقم (٣٠٤٩) - لسنة (٣٢) قضائية ، وطلبت فى ختام طعنها الحكم بإلغاء الحكم القضائى المطعون فيه ، وبرفض الدعوى القضائية . وقدمت هيئة مفوضى الدولة تقريرا بالرأى القانونى ، إنتهت فيه إلى الرأى بقبول الطعن شكلا ، ورفض بشقيه المستعجل ، والموضوعى .

وقد رأت المحكمة الإدارية العليا أنه : " **القاعدة أن المشرع الوضعى المصرى يكون منزها عن السهو ، والخطأ ، فإنه ينبغى تفسير البند الخامس من الإتفاق المشار إليه ، بما لايهدم خصائص العقد الإدارى ولابما يزيل إختصاص مجلس الدولة المصرى بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد . إذ أن اختصاص مجلس الدولة المصرى ورد فى قانون موضوعى مصرى . بيد أن منح التزام المرافق العامة ، فهو من الأعمال الإدارية التى تقوم بها السلطة التشريعية ، كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية ، وهذه الأعمال ليست قوانين ، من حيث الموضوع ، وإن كانت**

تأخذ شكل القانون الوضعي المصرى . . . . ويترتب على ذلك ، أنه لايجوز أن يخالف هذا العمل الإدارى أحكام القانون الوضعي المصرى ، وإن كانت السلطة التى تصدرها واحدة . إذ أن من القواعد المقررة فى القانون العام أن السلطة التى تضع قاعدة عامة ، لاتملك مخالفتها بأعمال فردية وإن كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى . ومع القول جدلا بأن المادة (٥٠١) من قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ تنطبق فى مجال العقود الإدارية ، فقد تضمن نص فقرتها الأخيرة أنه لايصح التحكيم إلا لمن له التصرف فى حقوقه ، ولايملك الوزير أن يمد أجل عقد أبرم بناء على قانون وضعي خاص ، إلا بعد استصدار قانون وضعي مصرى آخر يجيز له ذلك . والحكم القضائي المطعون فيه قد ذهب إلى غير ذلك . ومن ثم ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون الوضعي المصرى . وعليه ، فقد قضت بجلستها المنعقدة فى (٢٠) فبراير سنة ١٩٩٠ إلى إلغاء الحكم القضائي المطعون فيه ، والصادر من محكمة القضاء الإدارى ، فى الدعوى القضائية المرفوعة إليها رقم (٤٧٦) لسنة (٣٩) القضائية " .

كما قضت محكمة القضاء الإدارى فى مصر فى إحدى الدعاوى القضائية المرفوعة إليها [١] ، والتى تتعلق بأحد عقود المقاولات الإنشائية " **نفق الشهيد أحمد حمدى** " ، بأن هذا العقد من العقود الإدارية ، وبأنه لايجوز سلب إختصاص محاكم مجلس الدولة فى مصر بنظر المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن هذا العقد ، بموجب نصا فيه ، ليسند هذا الإختصاص إلى هيئة

---

(١) أنظر : حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر " دائرة العقود الإدارية ، والتعويضات " – الصادر فى ١٩٩٠/١/٣٠ – فى الدعوى القضائية رقم (٥٤٢٩) – لسنة (٤٢) ق . مشارا لهذا الحكم القضائي فى : أحمد شرف الدين – التحكيم فى منازعات العقود الإدارية – المرجع السابق – ص ٨٧ – فى الهامش ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٢ .

تحكيم ، يتم اختيارها بواسطة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ويتعين الإلتفات عن هذا النص العقدى ، وإعمال أحكام القانون الوضعى المصرى فى هذا الشأن ، والتى أناطت الإختصاص بذلك لمحاكم مجلس الدولة فى مصر ، دون غيرها .

وقضت محكمة القضاء الإدارى برفض الدفع الذى أبداه المدعى باختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **والمنصوص عليها فى البند العاشر من العقد** - بالفصل فى أى نزاع ينشأ بين أطراف العقد ، دون محاكم مجلس الدولة فى مصر . حيث قالت المحكمة فى حكمها : " **أن هذا القول مردود عليه بأن المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه :**

" تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية : المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر " . ومفاد ذلك ، أن محاكم مجلس الدولة هى الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، وهذا الإختصاص يكون واردا - كقاعدة عامة - فى قانون موضوعى . وعلى ذلك ، فلايجوز أن يخالف العمل الإدارى أحكام القانون الوضعى المصرى " .

فقد انضمت محكمة القضاء الإدارى فى حكمها القضائى المتقدم ذكره إلى ماانتهت إليه المحكمة الإدارية العليا فى مصر من حظر الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، حيث قضت برفض الدفع الذى أبداه المدعى فى الدعوى القضائية باختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمنصوص عليها فى العقد ، وقالت المحكمة أن هذا القول مردودا عليه بأن المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه :

" تختص محاكم مجلس الدولة المصرى دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية :

" أولا " : . . . " حادى عشر " **المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر** " . ومفاد ذلك ، أن محاكم مجلس الدولة فى مصر هى الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، وهذا الإختصاص القضائى يكون واردا – **كقاعدة عامة** – فى قانون موضوعى مصرى . وعلى ذلك ، فلايجوز أن يخالف العمل الإدارى أحكام القانون الوضعى المصرى . وعليه ، فلايحق للجهة الإدارية أن تأتى ، وتضمن العقد الإدارى الذى تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، تنصن على تشكيلها واختصاصها بالفصل فى أية نزاع يتعلق بهذا العقد ، إذ يتعين الإلتفات عن هذا النص ، وإعمال أحكام القانون الوضعى المصرى ، والتى ناطت الإختصاص القضائى بذلك إلى مجلس الدولة المصرى – **دون غيره** .

وقضت محكمة القضاء الإدارى بجلسة ١٩٩٦/١/٢٨ فى الدعوى القضائية رقم (٤١٨٨) لسنة (٤٨) ق ، والتى كان قد أقامها وزير الأشغال العامة والموارد المائية ضد ممثلى مجموعة الشركات الأوربية المنفذة لمشروع قناطر إسنا ، طالبا الحكم ببطلان حكم هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والصادر بتاريخ ١٩٩٤/١/١٥ ، فى قضية التحكيم رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٣ ، والمرفوعة من المدعى عليهم فى الدعوى القضائية ضد المدعى فيها ، أمام مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى .

وقد دفعت وزارة الأشغال العامة ، والموارد المائية ببطلان شرط التحكيم وبعدم اختصاص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بنظر الدعوى القضائية ، لتعلقها بعقد إدارى لاشبهة فيه بين

الطرفين – وهو عقد أشغال عامة ، متضمنا عقد توريد ، مما يختص بنظر منازعاته مجلس الدولة المصرى .

إلا أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قد قضت برفض الدفع المبدى من وزارة الأشغال العامة ، والموارد المائية وباختصاصها بنظر النزاع المطروح عليها - موضوع الإتفاق على التحكيم

وقد رأت محكمة القضاء الإدارى – ومن استعراضها لوقائع الدعوى القضائية ، وقانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى – أن الحكم الصادر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتنتهى به الخصومة ، كما أنه من غير الحالات التى يجوز الطعن فيها ، إستثناء من القاعدة العامة أثناء سير الدعوى . وقررت المحكمة أنه حيث لم تنته الخصومة بعد فى قضية التحكيم رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٣ - والصادر فيها الحكم فى الدفع محل النزاع - فمن ثم ، فإنه يكون من المتعين القضاء بعدم قبول الدعوى ، وهو ماصدر به الحكم فى الدعوى سالفة الذكر .

كما صدر عن المحكمة الإدارية العليا فى مصر حكما قضائيا [(١)] ، [(٢)] يقضى بعدم جواز الإتفاق على مايخالف القاعدة العامة المنصوص عليها فى

---

(١) أنظر : حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر – فى جلستها المنعقدة فى ١٩٩٠/٢/٢٠ – فى الطعن رقم (٣٠٤٩) – لسنة (٣٢) قضائية . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : محمد كمال منير – مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية – المقالة المشار إليها – ص ٣٢٩ ومابعدها ،

(٢) وقد تأيد هذا الحكم القضائى الصادر من المحكمة الإدارية العليا فى مصر بحكمها القضائى الصادر فى الطعنين رقمى (١٦٧٥) ، (١٩٥٦) – لسنة (٣٠) قضائية – بجلستها المنعقدة فى ٣/٢٣/ ١٩٩٠ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : المبادئ القانونية التى تضمنتها الفتاوى الصادرة من الجمعية

قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ، والتى تجعل الإختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية منوطا بمحاكم مجلس الدولة فى مصر ، بموجب البنود التى قد ترد فى العقد الإدارى ، ويتفق فيها أطرافه على الفصل فى المنازعات المتعلقة بالعقد بطريق التحكيم الإختيارى ، على اعتبار أن ذلك يعتبر تعديلا لاختصاص مجلس الدولة فى مصر والذى ورد فى قانون موضوعى . ومن القواعد المقررة فى القانون العام أنه لايجوز مخالفة القاعدة العامة بأعمال فردية ، وإن كان يجوز تعديلها بقاعدة عامة أخرى . فلايحق للجهة الإدارية أن تأتى وتضمن العقد الإدارى الذى تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم ، تنص على تشكيلها ، واختصاصها بالفصل فى أى نزاع يتعلق بهذا العقد ، إذ يتعين الإلتفات عن هذا النص وإعمال أحكام القانون الوضعى المصرى فى هذا الشأن ، والتى خولت الإختصاص بذلك إلى محاكم مجلس الدولة فى مصر – دون غيرها .

كما كان قد سبق للجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى – وفى العديد من الفتاوى [1] ، [2] – أن أفتت بجواز الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – للفصل فى المنازعات

العمومية – برئاسة المستشار / طارق البشرى – الجزء الأول – الفترة من أول أكتوبر سنة ١٩٩٦ ، وحتى آخر ديسمبر سنة ١٩٩٦ – ص ١٥١ .

(١) بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٩/٥/١٧ – ملف رقم (٢٦٥/١/٥٤) . مشارا إليه فى : محمد كمال منير – مدى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم الإختيارى فى العقود الإدارية – المقالة المشار إليها – ص ٣٣٨ ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٤ ، ١٨٥ .

(٢) وبجلسة ١٩٩٣/٢/٧ ، إنتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى إلى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم فى العقود الإدارية ، تأييدا لفتاوها الصادرة بجلسة ١٩٨٩/٥/٧ .

التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، بحيث يحق للجهة الإدارية أن تـأتى وتضمن العقد الإدارى الذى تبرمه نصا باختصاص هيئة تحكيم ، تنص علـى تشكيلها ، واختصاصها بالفصل فى أى نزاع يتعلق بهذا العقد ، على سند مـن أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ قد ورد بها مايقطع صراحة بجواز إلتجاء جهة الإدارة إلى نظـام التحكيـم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى منازعاتها العقدية " **إدارية كـانت ، أم مدنية** " ، حينما نصت الفقرة الثالثة من المادة (٥٨) مـن قـانون مجلـس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على إلزام أيـة وزارة ، أو هيئـة عامة ، أو مصلحة من مصالح الدولة بألا تبرم ، أو تقبل ، أو تجيز أى عقـد أو صلح ، أو تحكيم ، أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة ألاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة المصرى .

ولأنه لو كان الإتفاق على التحكيم - **شـرطا كـان ، أم مشـارطة** - أمـرا محظورا على جهة الإدارة العامة ، ما كان المشرع الوضعى المصـرى قـد ألزمها أصلا بعرض هذا الإتفاق ، أو تنفيذ حكم التحكيم الصادر فى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - علـى مجلـس الدولة فى مصر ، للمراجعة . وأنه إزاء عدم وجود تشريع وضعـى خـاص ينظم التحكيم ، للفصل فى منازعات العقود ، والتى تكون جهة الإدارة العامـة طرفا فيها ، فإنه يتعين الرجوع فى ذلـك إلـى الشـروط العامـة للتحكيـم وإجراءاته - والواردة فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصـرى " **المواد (٥٠١) - (٥١٣)** " والتى لاتتعارض مع طبيعة الروابط الإداريـة وأنه ليس مؤدى هذا الإتفاق سلب الولاية المعقودة للقضاء الإدارى فى مصـر فى هذا الشأن ، لأن المقصود من نص المادة (١٠) مـن قـانون مجلـس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ هـو بيـان الحـد الفـاصل بيـن الإختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة المصرى ، ومحاكم القضاء العادى

فالنص فى المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة االمصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على اختصاص محاكم مجلس الدولة فى مصر - **دون غيرها** - بالمنازعات الخاصة بالعقود ، قصد به التأكيد على استبعاد أى اختصاص لمحاكم القضاء العادى بمثل هذه المنازعات ، وهو اختصاصا كان قائما فى بعض القوانين الوضعية السابقة على قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ ، فأراد المشرع الوضعى المصرى بهذا النص القانونى الوضعى أن يقطع الصلة بين المحاكم العادية ، ومنازعات العقود الإدارية ولكنه لم ينكر حق الأطراف ذوى الشأن فى عرض مثل هذه المنازعات على هيئة تحكيم خاصة - **تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية** - إذا كان ذلك لايستبعد عند نظر المنازعة موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - إعمال القواعد القانونية الموضوعية ، والتى تطبق على العقود الإدارية .

فبمناسبة مراجعة اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصرى لعقد بين وزارة التعمير ، والمجتمعات العمرانية الجديدة ، ومجموعة العمارة والتخطيط ، لاحظت اللجنة وجود شرطا فى العقد يجيز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عنه - **تنفيذا ، أو تفسيرا** - فأحالت الموضوع إلى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى ، لتقرر مدى جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى منازعات العقود الإدارية .

وقد عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى بجلستها المنعقدة فى ١٩٨٩/٥/١٧ ، فاستعرضت نصوص المواد (١٦٧) ، (١٧٢) من الدستور المصرى الدائم ، (٥٠١) - (٥١٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة

١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - (١٠) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧ - ونصها كالتالى :

" تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل الآتية : ... "

حادى عشر : المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر .... " - (٥٨)) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ - ونصها كالتالى :

" يتكون قسم الفتوى من إدارات مختصة لرياسة الجمهورية ورياسة مجلس الوزراء والوزارات والهيئات العامة ....

وتختص الإدارات المذكورة بإبداء الرأى فى المسائل التى يطلب الرأى فيها من الجهات المبينة بالفقرة الأولى وبفحص التظلمات الإدارية .

ولايجوز لأى وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة " .

وذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى إلى أن نظام التحكيم هو :

الإتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ، ليفصلوا فيه - بدلا من المحكمة المختصة - بحكم ملزم للخصوم ، ويقوم على : إرادة الخصوم ، وإقرار المشرع الوضعى لهذه الإرادة .

ورأت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى أن قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى قد أجاز الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى المواد (٥٠١) ومابعدها . كما أن المادة (٥٨) من قانون مجلس الدولة المصرى رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ قد ورد بها مايقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة العامة إلى نظام التحكيم

الفصل فى منازعاتها العقدية " إدارية ، أم مدنية " . وأنه لو كـــان الإتفـــاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أمرا محظورا على الإدارة العـامة ماكان المشرع الوضعى المصرى قد ألزمها أصـــلا بعـــرض هـــذا الإتفـــاق وتنفيذ حكم المحكمين الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم علـــى مجلس الدولة المصرى ، للمراجعة . وأنه إزاء عدم وجود تشـــريع وضعـــى خاص فى مصر ينظم الإلتجاء إلى نظام التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - للفصل فى منازعات العقود التى تكون جهة الإدارة العامة طرفـــا فيـــها - **سواء المدنية ، أم الإدارية** - فإنه يتعين الرجوع فى ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم ، واجراءاته - والواردة فى قانون المرافعات المدنيـــة ، والتجاريـــة المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " **المـــواد (٥٠١) - (٥١٣)** " والتى لاتتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية .

وانتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصـــرى بالجلسة المذكورة إلى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشارطة** - للفصل فى منازعات العقود الإدارية [١] .

وقد أعادت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصـــرى عـــرض ذات الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشـــريع بمجلـــس الدولة المصرى ، بمناسبة مراجعتها للعقـــد المـــبرم بيـــن وزارة الأوقـــاف ومركز الأهرام للتنظيم ، والميكروفيلم لمؤسسة الأهـــرام ، حيـــث ورد بـــه شرطا يقضى بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى أى نزاع يمكن أن ينشأ أثناء تنفيذ هذا العقد .

وقد عرض هذا الموضوع على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشـــريع بمجلس الدولة المصرى ، بجلستها المنعقدة فى (٧) من فبراير ســـنة ١٩٩٣ فتمسكت بفتواها السابقة بجلسة ١٩٨٩/٥/١٧ ، ، فى خصوص ... جـــواز

(١) أنظر : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - ص ٨ ، ٩

الإلتجاء إلى نظام التحكيم - شـــرطا كـــان ، أم مشـــارطة - للفصـــل فـــى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، والتى انتهت فيـــها إلـــى جواز ذلك ، وفقا لما سبق بيانه .

ورأت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصـــرى بخصوص طلب الرأى المعروض عليها أن المشرع الوضعـــى المصـــرى - وبنص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لســـنة ١٩٧٢ والذى قضى باختصاص محـــاكم مجـس الدولـــة المصـــرى دون غيرهـــا بالمنازعات الخاصة بالعقود - أراد أن يقطع الصلة بين المحـــاكم العاديـــة ومنازعات العقد الإدارية ، ولكنه لم ينكر حق الأطـــراف ذوو الشـــأن فـــى عرض مثل هذه المنازعات على هيئة تحكيم ، للفصل فيـــها . خاصـــة ، إذا كان ذلك لايستبعد عند نظر المنازعة موضوع الإتفاق على التحكيم - شـــرطا كان ، أم مشارطة - إعمال القواعد القانونية الموضوعية التى تطبـــق علـــى العقود الإدارية .

فقد انتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتـــوى ، والتشـــريع بمجلـــس الدولـــة المصرى إلى جواز الإتفاق على الإلتجاء إلى نظام التحكيم - شرطا كـــان أم مشارطة - للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية فـــى الحالة الماثلة .

وعندما صدر قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، نص فى مادته الأولى على أنـــه :

" مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهوريـــة مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بيـــن أطـــراف مـــن أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونيـــة التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فـــى مصـــر ، أو كـــان

تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

كما تنص المادة الثانية من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **يكون التحكيم تجاريا فى حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى ، عقدية كانت أو غير عقدية ، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والإستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط ، وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضى الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية** " .

وكان من المأمول من هذه العبارة الأخيرة أن تشكل سندا لايختلف عليه حول سريان أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على منازعات العقود الإدارية [١] بحيث يكون جائزا قانونا الإتفاق على الفصل فى هذه المنازعات عن طريق نظام التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - خاصة ، وأن الأعمال التحضيرية لقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية تكشف عن هذا المعنى ، وتشهد عليه [٢] .

---

(١) أنظر : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - المقالة المشار إليها - ص ٢٦ .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التحكيم التجارى الدولى ، والمنشور فى مجلة هيئة قضايا الدولة - ملحق العدد الثانى - السنة الثامنة ، والثلاثون - أبريل / يولية سنة ١٩٩٤ - ص ٣٢ ، والمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

بيد أن الخلاف فى هذا الشأن ظل قائما ، ومانفك كذلك بعد العمل بقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

فقد رأى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [1] أنه وبعد صدور قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، ونصه فى المادة الأولى منه على أنه :

" **مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى فى مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجرى فى الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون** " .

وبعد أن رجح أحكام الإتفاقيات المعمول بها فى مصر ، نظم سريان أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على كل تحكيم يجرى فى مصر - **سواء كان بين أطراف من أشخاص القانون العام ، أو القانون الخاص ، وأيا كانت طبيعة العلاقة التى يدور حولها النزاع** - وقد قصد من هذه العبارة سريان هذا قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على العقود الإدارية ، كى يصبح حكم هذه المادة تقنينا لما انتهى إليه إفتاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الشأن . علاوة على ذلك فإن الإختصاص المقصور لايحول دون الإلتجاء إلى التحكيم ، طالما أن المسألة محل النزاع من المسائل التى يجوز الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها .

---

[1] أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

فنص المادة (١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد جاء عاما ، حيث أورد في إطار سريانه النص على التحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام ، أو القانون الخاص - وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع - إذ اكان هذا التحكيم يجرى فى مصر .

كما أن الهدف الأساسى من إصدار قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية هو ماطرأ على السياسة الإقتصادية فى مصر من تغيير جوهرى في مطلع الثمانينات والرغبة فى الخروج من العزلة ، إلى انفتاح يهدف إلى اجتذاب رؤوس الأموال العربية ، والأجنبية ، للنهوض ، أو المشاركة فى مشروعات التنمية فى مصر . ولاشك أن المستثمر الأجنبى يفضل للفصل فى منازعاته وجود هيئة تحكيم لاتنتسب إلى جنسية الدولة التى يستثمر فيها أمواله . كما أن خشيته التلقائية من القانون الوضعى الوطنى ، تجعله يستهدف دائما الخضوع لأحكام قانون وضعى آخر .

وعند مناقشة مشروع قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن المواد المدنية ، والتجارية أثار أحد السادة أعضاء مجلس الشعب المصرى موضوع اختصاص مجلس الدولة في مصر ، فأجاب السيد المستشار وزير العدل المصرى بأن الإتفاق على التحكيم - شرطا كـ[illegible] ، أم مشارطة - للفصل فى المنازعات ، يكون جائزا بين أشخاص القانون العام المصرى ، ولاينزع ذلك أية سلطة من سلطات مجلس الدولة في مصر ، وأن منازعات العقود الإدارية يجوز التحكيم فيها . بافتاء الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى [1] .

---

(١) أنظر : مضبطة مجلس الشعب المصرى - الجلسة الثامنة ، والخمسين - ٦ من مارس سنة ١٩٩٤ - ص ١١ .

كما رأى جانب آخر من فقه القانون الوضعى المصرى [1] أنه توجد نصوصا فى القانون الوضعى المصرى تجيز للدولة ، وأجهزتها ، وهيئاتها ومؤسساتها العامة ، وشركات قطاع الأعمال العام الدخول طرفا فى الإتفاق على التحكيم .

فالمادة (٥٧) من قانون الإستثمار رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٨٩ تجيز الفصل فى منازعات الإستثمار بالطريقة التى يتفق عليها مع المستثمر . كما يجوز الإتفاق على الفصل فى هذه المنازعات فى إطار اتفاقية واشنطن بشأن منازعات الإستثمار بين الدول ، ومواطنى الدول الأخرى ، والتى انضمت إليها مصر بالقانون الوضعى المصرى رقم (٩٠) لسنة ١٩٧١ ، وهو مايقتضى الإعتراف بإمكانية الإلتجاء إلى التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - للفصل فى منازعات العقود التى تبرمها الدولة ، مع المستثمر الأجنبى ، حتى ولو كانت موصوفة بأنها عقودا إدارية ، ويترتب على انضمام مصر إلى اتفاقية واشنطن بشأن منازعات الإستثمار بين الدول ومواطنى الدول الأخرى ، صيرورتها جزء من النظام القانونى الوضعى المصرى ، وسموها على القوانين الوضعية المصرية الداخلية . ومن ثم يتعين القول بصحة التجاء الدولة ، ومؤسساتها العامة إلى نظام التحكيم فى الخارج ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن عقودها الإدارية .

بينما أفتت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى [2] بعدم جواز صحة شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية

---

(1) أنظر : أحمد شرف الدين - التحكيم فى منازعات العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٩٨٢ .

(2) جلسة ١٩٩٦/١٢/١٨ - الفتوى رقم (١٦٠) - بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢ - ملف رقم (٣٣٩/١/٥٤) . مشارا إليها فى : المبادئ القانونية التى تضمنتها الفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة المصرى - الجزء الأول - ص ١٤٩ ومابعدها .

حيث رأت أن الوصول لكلمة سواء فى أمر الإلتجاء إلى نظام التحكيم للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، توجب النظر إلى هذا الأمر لا من منظور الإختصاص الإفتائى ، أو القضائى لمجلس الدولة المصرى ، ولكن من منظور الطبيعة القانونية للعقد الإدارى ، ومدى تلاؤمها مع نظام التحكيم أو تنافرها معه ، وماهى الشروط ، والأوضاع التى يمكن بها إقامة هذا التلاؤم ، وماهى شرائط الأهلية ، وأوضاع الولاية ، والتى تمكن من إقامة هذا التلاؤم ، أو لاتمكن منه .

فقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية - وفى أى من مراحل إعداده ، وحتى صدوره - لم يشتمل قط على نص قانونى وضعى صريح بخضوع العقود الإدارية لهذا القانون . وأن شمول هذا التحكيم ، أو عدم شموله للمنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، لايتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية يسع لهذه العقود ، أو لايسعها وإنما أيض يتعلق بصحة شرط التحكيم ، من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه فى شأن غيره ، أو مالغيره .

والأصل عند عدم النص ، عدم صحة مايجريه الشخص فى شأن غيره وماله . وأنه إذا كان شرط التحكيم فى منازعات العقود الخاصة لايصح لناقصى الأهلية ، إلا باكتمال أهليتهم ، فإنه وفى منازعات العقود الإدارية لايصح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية العامة فى إجرائه ، ولاتكتمل الولاية هنا إلا بعمل تشريعى وضعى يجيز شرط التحكيم فى العقد الإدارى ، بضوابط محددة ، وقواعد منظمة ، أو بتفويض جهة عامة ذات شأن ، للإذن به فى أية حالة مخصوصة ، بمراعاة خطر هذا

الشرط . فلا تقوم مطلق الإباحة لأية هيئة عامة ، أو وحدة إدارية ، أو غير ذلك من أشخاص القانون العام فى مصر [1] .

ويبين من عنوان القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية أنه يخص التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية . ومن ثم ، يقتصر على مايخص القانون المدنى والتجارى ، ولاتشمل أحكامه القانون الإدارى . ومن ثم ، فلاتنصرف إليه أحكام القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

كما إن الإطلاق الوارد بالمادة (١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية هو عموما منقوصا . فإزاء وجود علاقات قانونية لأشخاص القانون العام المصرى تخضع للقانون الخاص ، فإن لفظ أشخاص القانون العام الوارد بنص المادة (١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لايكون له من إطلاق ، بحيث يسرى على كافة ماتبرمه من عقود .

والمناقشات التشريعية أشارت إلى أن العقود الإدارية لم ترد صراحة ضمن المادة (١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، وأن نص المادة (٢) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية بتعداده أمثلة للعقود التى تخضع لأحكام هذا القانون ، كانت تستهدف تفادى النص صراحة على العقود الإدارية .

---

[1] أنظر : تقرير لجنة الشئون الدستورية ، والتشريعية بمجلس الشعب المصرى ، عن مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

وعليه فقد اقترح أن يكون نص المادة (٢) من القانون الوضعي المصــري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة كالتالي :

" يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقـــة قانونية ذات طابع اقتصادي - عقدية كانت أم غير عقدية - ويشــمل ذلـك كافة العقود الإدارية " [١] . ولم يحظ الإقــتراح بموافقـــة مجلــس الشــعب المصري .

وقد نصت المادة (١١) من القانون الوضعي المصــــري رقــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجاريـــة علـــى أنـــه : **" لايجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الإعتباري الذي يملـك التصرف في حقوقه ، ولايجوز التحكيم في المســائل التـــي لايجـــوز فيـــها الصلح "** .

ولاشك أن ممثل الشخص الإعتباري لايملك التصرف في حقوق هذا الشخص إلا تبعا لقواعد مقررة قانونا ، . كما أن الصلح الذي يجريه أحــــد أشـــخاص القانون العام يثور في شأن جوازه بعض الغموض ، ولايوجد رأى قاطع فـــي شأنه .

والعقبة الكنداء إزاء إمكانية الفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشـــأ عن العقود الإدارية عن طريق نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضـــاء العام في الدولة ، صاحب الولايـــة العامـــة ، والإختصـــاص بـــالفصل فـــي منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها ، إلا مااستثنى بنـــص قانوني وضعي خاص هو مـــاورد بنـــص المـــادة (١٧٢) مـــن الدســتور المصري الدائم ، من أنه :

---

(١) أنظر : مضبطة مجلس الشعب المصرى - الجلسة الثامنة ، والخمسين - ٦ من مارس سـنة ١٩٩٤ - ص ١٣ .

" **مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ، ويختص بالفصل فـــى المنازعـــات الإدارية وفى الدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون إختصاصاته الأخرى** " .

فما قررة مشروع القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] من أن نظام التحكيـم يتمـيز بالآتى :

أولا :

تبسيط الإجراءات ، وسرعة الفصل فى النزاع .

ثانيا :

إحترام القضاء المصرى .

ثالثا :

إحترام سيادة الدولة .

ولاشك أن البندين ثانيا ، وثالثا إذا أخذا بمفهومهما الدســـتورى ، والقـــانونى فإن فيهما مايؤيد عدم جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية [٢] .

كما أجازت محكمة استئناف القاهرة فى حكم قضائى لها [٣] الإلتجاء إلـى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية

---

[١] أنظر : فوزية عبد الستار - مضبطة الجلسة الحادية ، والخمسين - فى ٢٠ يناير سنة ١٩٩٤ - ص ٥ .

[٢] أنظر : أكثم أمين الخولى - الإتجاهات العامة فى قانون التحكيم المصرى الجديد - بحث مقدم لمؤتمر مركز القاهرى الإقليمى للتحكم التجارى الدولى - ١٢ - ١٣ سبتمبر سنة ١٩٩٤ .

[٣] أنظر : حكم محكمة استئناف القاهرة - الصادر من الدائرة رقم (٦٣) تجارى - بجلستها المنعقـدة فى ١٩٩٧/٣/١٩ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى تقرير لجنة الشئون الدستورية ، والتشـــريعية بمجلـــس الشعب المصرى ، عن مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصـــرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن المواد المدنية ، والتجارية .

فبالنظر إلى أن العلاقات القانونيــة ذات الطــابع الإقتصــادى قــد اتســعت وتشعبت مع مراحل النمو ، والإصلاح التــى تخطوهــا مصــر ، وتتعــاظم مسيرتها حينا بعد حين ، وتشارك الدول ، وغيرها من الأشخاص الإعتباريــة العامة فى قيام تلك العلاقات ، بالقدر الازم لتشجيع الإستثمار ، ودفع عجلــة التنمية ، وتحقيق أهدافها . بما فى ذلك ، إبرام عقودا إدارية ، وثيقة الصلــة بالمرافق العامة فى مصر ، مع أطراف محلية ، وأجنبية .

وإذا كان الإلتجاء إلى التحكيم هو إتفاقا للفصل فى منازعات هذه العقود ، مما يندب إليه فيها ، وتستمسك به تلك الأطراف فى حالات عديدة ، كسبا لمزايــا هذا الأسلوب فى التسوية . وخاصــة ، للفصــل فــى منازعــات التجــارة والإستثمار ، على الصعيدين الوطنى ، والدولى [١] .

وقد رأى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [٢] الأخذ بفكرة العقد ذى الشأن الدولى ، وتنطلق هذه الفكرة من أن العقد الإدارى فى تصوره التقليــدى يقوم على عناصر وطنية لأطرافه ، وموضوعه ، غــير أنــه إزاء التطــور الإقتصادى الدولى الذى شمل العالم بأرجائه ، جدت ضرورة تحديــد مفــهوم جديد للعقد الذى يلحق بأطرافه ، أو موضوعه عنصرا أجنبيا . ومن ذلك ألا يكون محل الإقامة ، أو مقر الشخص المعنوى الطرف فى العقد داخل الدولــة المتعاقدة ، أو يكون تنفيذ العقد بدولة أخرى ، أو يتعلق موضوعــه بالتجــارة الدولية ، أو يكون القانون الواجب التطبيق على العقد مما يســمح بالإلتجــاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فيما يمكن أن ينشأ عنه من مناعات . وهذه الفكــرة

---

(١) راجع : المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصرى رقــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى فى شأن المواد المدنية ، والتجارية .

(٢) أنظر : إبراهيم على حسن – تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولــة ... المشار إليها – ص ٢٦ ، ٢٧ .

رغم وجاهتها المبدئية ، إلا أنها تحتاج لجهد فقهى ، لإرساء معالمها وترسيخ جوانبها ، حتى يكون لها بوصفها تصورا قانونيا قبولا لدى جهات الدولة المعنية بتفسير القانون الوضعى ، ومعالم تطبيقه ، سواء فى ذلك إدارات الفتيا ، وعلى رأسها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى ، والتشريع بمجلس الدولة فى مصر ، أو المحاكم الوطنية " إدارية ، ومدنية " (١) .

ورغبة فى حسم هذا الخلاف - **والمتعلق بمدى جواز الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص** - بنص قانونى وضعى مصرى ، يكون فاصلا ، لاتتوزع الآراء معه ، وتلتقى عنده وتستقر كل الإجتهادات ، جاء تعديل المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية (٢) .

---

(١) أنظر : إبراهيم على حسن - تأملات فى اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة - المقالة المشار إليها - ص ٢٧ .

(٢) تضاف إلى المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية فقرة ثانية ، نصها كالتالى :

" وفى جميع الأحوال يجوز الإتفاق على التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ، ولايجوز التفويض فى ذلك " . وينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به إبتداء من اليوم التالى لتاريخ نشره .

أما النص فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد ، والتجارية ، فهو على النحو التالى :

" مادة (١) ١ - مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا

حيث أكد النص القانوني الوضعي المصري المشار إليه على جواز الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية . كما أضاف موافقة الوزير المختص للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - للفصل في هذه المنازعات ، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة التي لاتتبع وزيرا - **كالجهاز المركزي للمحاسبات** .

وإحكاما لضوابط الإلتجاء إلى التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، فقد حظر النص القانوني الوضعي المصري المشار إليه التفويض في ذلك الإختصاص فلايباشره إلا من أوكلت إليه هذه المهمة ، إعلاء لشأنها ، وتقديرا لخطورتها ، ولاعتبارات الصالح العام ، وباعتبار أن الوزير يمثل الدولة في وزارته [1] .

فالتعديل بالإضافة على المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية المشار إليه يقرر صراحة جواز الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقود الإدارية ، ويحدد السلطة الإدارية التي يرخص لها بإجازة مثل هذا الإتفاق ، واعتماده - **ضبطا لاستعمالها ، وضمانا لوفاء الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة**

كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر ، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

[1] فلجوء الدولة إلى نظام التحكيم ، للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن عقودها الإدارية إنما يتم بمحض إرادتها ، وبموافقتها ، طبقا لما تراه محققا للمصلحة العامة ، وبإيكال مهمة الفصل في المنازعات المذكورة لهيئة تحكيم ، يتفق عليها مع المتعاقد الآخر ، أنظر : تقرير لجنة الشئون الدستورية ، [illegible] بمجلس الشعب المصري عن مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن المواد المدنية ، والتجارية .

- عندئذ باعتبارات الصالح العام - وبحيث يكون المرد فـــى هـذا الشـأن للوزير المختص ، أو من يمارس اختصاصاته مـن الأشـخاص الإعتباريـة العامة ، وبحيث لايجوز لأى منهما التفويض فى هذا الخصوص .

الجزاء المترتب على اتفاق للتحكيم ، للفصل فى نزاع غير جـائز الفصل فيع عن طريق نظام التحكيم :

إذا أبرم اتفاقا على التحكيم ، للفصل فى نزاع غير جائز الفصل فيه عـن طريق نظام التحكيم ، نظرا لتعلقه بالنظام العام ، فإن هذا الإتفاق يقع بـاطلا بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى ، وإذا تـم التحكيم رغم ذلك - **وبناء على هذا الإتفاق الباطل** - فإنه يجب على القضاء العام فى الدولة الإمتناع عن إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصـادر عندئـذ فـى خصومة التحكيم .

وإذا اشتمل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى شق منـه على نزاع غير جائز الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، فإن هذا الإتفـاق لايكون باطلا إلا بالنسبة لهذا الشق ، مالم يثبت مدعي البطلان أن هذا الشـق لاينفصل عن جملة الإتفاق على التحكيم . وبمعنى آخـر ، إذا كـان هنـاك إرتباطا بين نزاع يجوز الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، ونـزاع غـير جائز الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أو كان موضوع العلاقة القانونيـة التى يدور حولها النزاع محل الإتفاق علـى التحكيـم - **شـرطا كـان ، أم مشارطة** - غير قابل للتجزئة [1] ، أى يتألف من عـدة طلبـات ، يتصـل بعضها بالنظام العام فى القانون الوضعى " **أى غير قابلة للفصل فيـها عـن طريق نظام التحكيم** " ، دون البعض الآخر ، وكان الإرتباط بين هذه الطلبات

---

(1) فى تعريف الإرتباط غير القابل للتجزئة ، وتأثيره على قواعد الإختصـاص القضـائى فى القـانون الوضعى المقارن ، أنظر : السيد عبد العال تمام - النظرية العامة للإرتباط فى الدعـاوى المدنيـة - ١٩٩١- دار النهضة العربية بالقاهرة . وخاصـة ، ص ٢٥ ومابعدهـا ، ص ٤٩ ومابعدهـا ، ص ٨٣ ومابعدها .

لايقبل التجزئة . فعندئذ ، يبطل الإتفاق على التحكيم كله - **شرطا كان ، أم مشارطة** [1] .

ولكن إذا تعددت الطلبات ، وكان بعضها يتصل بالنظام العام في القانون الوضعي " **أي غير قابلة للفصل فيها عن طريق نظام التحكيم** " ، دون البعض الآخر ، وكان الإرتباط بين هذه الطلبات يقبل التجزئة ، فإن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - يبطل في هذا الشق ، دون الشق الآخر الذي لايتصل بالنظام العام في القانون الوضعي [2] ، [3] .

وقد تصدى المشرع الوضعي الفرنسي - **ولأول مرة** - لوضع تعريف للإرتباط ، في المادة (٤٠) من مجموعة المرافعات الفرنسية الصادرة بالقانون الوضعي الفرنسي رقم (٧٢ - ٦٨٤) ، في (٢٠) يولية سنة ١٩٧٢ ، وتمسك به في المادة (١٠١) من مجموعة المرافعات الفرنسية

---

(١) في بيان جزاء الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بشأن الفصل في نزاع لايجوز الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، أنظر : **المؤلف** - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ١٩٦ ومابعدها ص ٦١٠ ومابعدها ، **أشرف عبد العليم الرفاعي** - التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢١٣ ، ٢١٤ .

(٢) أنظر : **أحمد أبو الوفا** - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦١ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٧٤٧ ، التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٤١ ص ١١٦ ، **سامية راشد** - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - بند ٣٥ ص ٨٦ ، **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥١ ص ١٤٠ ، بند ٥٣ ص ١٥٣ .

(٣) راجع في ذلك ، وفي انتقاد الشراح في فرنسا لمسلك المشرع الوضعي الفرنسي في تعريفه للإرتباط : **السيد عبد العال تمام** - الإرتباط - الرسالة المشار إليها - ص ٤١ - بند ٢٧ (١) [illegible] ٢٥ ، ٣٦

الحالية – والصادرة فى الرابع عشر من شهر مايو سنة ، مع تغيير كلمة Differentes بكلمة Distinctes . والتى تنص على وجود ارتباط :

" إذا وجدت صلة بين عدة دعاوى منظورة أمام محكمتين ، فإن حسن سير العدالة يقتضى أن يحقق ويفصل فيهما معا ، وأنه يجوز مطالبة إحدى المحكمتين بالتنازل عن نظر الدعوى ، وإحالتها بحالتها إلى المحكمة الأخرى " .

فى حين لم يورد المشرع الوضعى المصرى تعريفا للإرتباط فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، ولافى قوانين المرافعات السابقة عليه ، إلا أن ذلك لاينفى معالجته للآثار المتولدة عن الإرتباط ، وتنظيم أحكامه .

وقد أكد القضاء الفرنسى فى أحكامه القضائية الحديثة نسبيا على أنه يوجد ارتباطا ، إذا كان حسن سير العدالة يقتضى أن تقوم محكمة واحدة بالفصل فى الدعاوى القضائية المرتبطة ، تجنبا لصدور أحكام قضائية متعارضة [١] .

أما بالنسبة للقضاء المصرى ، فإنه لم يصدر عن محكمة النقض المصرية حكما قضائيا عرفت فيه الإرتباط ، إلا أنها تعرضت له ببيان آثاره ، واستجلاء أحكامه [٢] .

أما المحاكم الأخرى فى مصر فإنها قد عرفت الإرتباط فى العديد من الأحكام القضائية الصادرة منها . فقد قضى بوجود ارتباط بين قضيتين ، أو أكثر ،

---

(١) فى بيان محاولات القضاء الفرنسى منذ أواخر القرن الماضى مشاركة فقه القانون الوضعى الفرنسى محاولاته لتعريف الإرتباط ، أنظر : السيد عبد العال تمام – الإرتباط – الرسالة المشار إليها – بند ٢٨ (٢) ص ٣٧ ، ٣٨ ، بند ٢٩ (٢) – ص ٣٨ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٦/٢/١٦ ، ١٩٧٤/٥/١١ – مجموعة أحكام النقض – س (٧) – س٠ ٢٥) – ص ٣١٤ ، ص ١٧٤ .

إذا كان لايمكن الفصل فيهما بحكم قضائي واحد ، وكان ذلك يمثـل استثناء على مبدأ ضرورة أن يفصل في كل قضية على حدة (١) .

كما قضى بوجود ارتباطا بين خصومتين - ولو كان محـل كـل خصومـة مختلفا - إذا وجدت بينهما صلة ، تجعل الحكم القضائي الصادر في إحـدى الخصومتين القضائيتين يؤثر على الحكم القضائي الصـادر فـي الخصومـة القضائية الأخرى ، وبصرف النظر عن اتحاد الخصوم ، أو اختلافـهم فـي الخصومتين القضائيتين (٢) .

وقد سبق فقه القانون الوضعي الفرنسي كـل مـن المشـرعين المصـري ، والفرنسي المقارن ، وأحكام القضاء المقارن في التصـدي لوضـع تعريـف للإرتباط .

فيرى جانب من فقه القانون الوضعي الفرنسي أنه يوجـد ارتباطـا ، : " إذا كانت توجد صلة قوية جدا بين عدة طلبات قضائية ، تجعل من المصلحة أن يحقق ، ويفصل فيهما معا ، توفيرا للوقت ، وتلافيا لصدور أحكام قضائيـة متعارضة ، أو يصعب التوفيق بينها " (٣) .

بينما عرف جانب آخر من فقه القانون الوضعي الفرنسي الإرتبـاط بأنـه : " صلة بين دعويين قضائيتين مرفوعتين أمام محكمتين مختلفتين ، وتقتضـي

---

(١) أنظر : إستئناف مختلط - جلسة ١٩١٣/٥/٦ - مجموعة التشريع والقضاء " البلتان " - العـدد (١٢٣) - السنة (٢٥) - ص ٢٥٠ - ٢٦٠ .

(٢) أنظر: حكم محكمة القاهرة التجارية - جلسة ١٢ /١٩١٣/٤ - مجلة المحاكم المختلطة " الجازيت " - العدد (٣٢) - السنة (٣) - رقم (٣٣٢) - ص ١٥٧ .

(٣) أنظر :

VINCENT (JEAN) : Precis de procedure civile . 2 ed . 1975 . N . 318 .

تلك الصلة أن يحقق ، ويفصل فيهما معا ، نزولا على متطلبات حسن سير العدالة " (١) .

ويعرف جانب آخر من فقه القانون الوضعي الفرنسي الإرتباط بأنه : " صلة تجمع بين أكثر من دعوى قضائية ، وتؤدي تلك الصلة إلى جعل الحكم القضائي الصادر في إحداهما مؤثرا على الفصل في الدعوى القضائية الأخرى ، والفصل في كل دعوى قضائية على حدة يؤدي إلى احتمال تعارض الأحكام القضائية الصادرة في كل منهما ، الأمر الذي يحتم تجميعها أمام محكمة واحدة ، لتفصل فيها ، نزولا على مقتضيات حسن سير العدالة " (٢) .

ولم يتحد فقه القانون الوضعي المصري في تعريفه للإرتباط .

فهناك من يعرف الإرتباط بأنه : " صلة بين دعويين قضائيتين تجعل من المناسب - ومن حسن سير العدالة - جمعهما أمام محكمة واحدة ، لتحقيقها ، والفصل فيها معا ، منعا من صدور أحكام قضائية لاتوافق فيها " (٣) .

كما قيل بتوافر الإرتباط : " إذا كان الحل الذي يتقرر لإحدى الدعويين القضائيتين يؤثر في الحل الذي يجب تقريره بالنسبة للدعوى القضائية للأخرى ، أو يتأثر به " (٤) .

---

(١) أنظر :

SOLUS et PERROT : Droit judiciaire prive. T. 11. 1973. P. 229.

(٢) أنظر :

Repertoire De Droit Procedure Civile. T. 11. La connexite. N. 1. P. 1.

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - ص ٥٠١ .

وعرفه جانب آخر من فقه القانون الوضعي المصري بأنه : " الصلة التي توجد بين المراكز القانونية الموضوعية لادعاءات الخصوم المطروحة على المحكمة ، وأن القاضي العام في الدولة في تقديره للإرتباط لايهتم بأوصاف الخصوم ، وإنما يبحث قيام هذا الإرتباط داخل المراكز القانونية الموضوعية المقررة لهم " (١) .

بينما عرفه جانب آخر من فقه القانون الوضعي المصري بأنه : " صلة بين دعويين قضائيتين أو أكثر ، تؤدى إلى جعل الحكم القضائي الصادر في إحداهما مؤثرا على الحكم القضائي الصادر في الأخرى ، مما يقتضي جمعهما أمام محكمة واحدة ، لتحقيقهما ، والفصل فيهما معا ، بحكم قضائي واحد ، نزولا على مقتضيات حسن إدارة القضاء ، وتلافيا لصدور أحكام قضائية متناقضة ، أو يصعب التوفيق بينها " (٢) .

ونرى أن الإرتباط هو : " صلة بين دعويين قضائيتين ، تتضح من الإشتراك الجزئي لعناصر الدعوى القضائية الموضوعية - سواء تعلق ذلك

---

(٤) أنظر : أمينة مصطفى النمر - قوانين المرافعات - الكتاب الأول - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٢٦١ ص ٤٢٦ .

(١) أنظر : نبيل إسماعيل عمر - سلطة القاضي التقديرية - الطبعة الاولى - ١٩٨٤ - منشأة المعارف بالاسكندرية - بند ٣٤١ ص ٣٩٠ ، أصول المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٢٧١ ص ٢٩٠ .

(٢) أنظر : السيد عبد العال تمام - النظرية العامة للإرتباط - الرسالة المشار إليها - بند ٣٤ ص ٤٥ .

بالمحل فقط ، ، أم بالسبب الذى تنشأ عنه - بحيث أن الفصل فـــى دعــوى قضائية يمكن أن يؤثر فى الدعوى القضائية الأخرى " (١) .

(١) قارب : أحمد عوض هندى - الإرتباط فى قانون المرافعات - ١٩٨٦ - كليـــة الحقـــوق - جامعة الاسكندرية - بند ١٠ ص ٣٠ .

الفصل الرابع

تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم شرطا كان ، أم مشارطة [1]

تمهيد ، وتقسيم :

الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - هو :

تراض أطراف نزاع معين ، أو عقد محدد على الفصل فى هذا النزاع أو تلك الأنزعة التى قد تنشأ بينهم بخصوص هذا العقد ، عن طريق هيئة تحكيم تختار لهذا الغرض ، دون المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، حرصا منهم على الفصل فى نزاعهم من قبل أشخاص ذوى خبرة فنية ، ومحل ثقة ، وهذا الإعتبار هو مايوجب عليهم تعيين هؤلاء الأشخاص الذين يعرض عليهم النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى الإتفاق على التحكيم . إذ أن الإعتبارات الشخصية لابد وأن تكون محل اعتبار فى نظام التحكيم .

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - هى :

(1) فى دراسة العنصر الشخصى لمحل التحكيم ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٢٠١ ومايليه ص ٦١٦ ومابعدها ، عبد الحميد المنشاوى - التحكيم الدولى ، والداخلى - ص ٣٩ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - - بند ٣٥ ومايليه ص ٧١ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات [illegible] - الرسالة المشار إليها - ص ٢٦٥ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، و[illegible] [illegible]ام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٢٥ ومابعدها .

عبارة عن أشخاص يتمتعون بثقة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، قد عهدوا إليهم بعناية الفصل في نزاع قائم بينهم أو سوف ينشأ في المستقبل عن تنفيذ ، أو تفسير العقد المبرم بينهم . وقد يتم تعيينهم من قبل القضاء العام في الدولة ، إذا كان القانون الوضعي يجيز ذلك ، للقيام بذات المهمة المتقدمة .

وفي النظام القانوني الوضعي الفرنسي الذي كان سائدا في ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، كان يفرق بين Premiere arbitre . Troisieme arbitre . Tiers arbitre .

فالإصطلاح الأول Premiere arbitre :

يعبر به عن المحكم المرجح ، والذي يعين لترجيح رأى على آخر عند اختلاف رأى المحكمين فيما بينهما ، أو عندما لايكون عددهم وترا ، وقد اختفى نظام المحكم المرجح في ظل مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية بعد أن نصت المادة (١٤٥٣) منها على أنه :

" تشكل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدة محكمين بعدد فردى " . بمعنى ؛ وجوب أن يكون عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وترا - سواء كان نظام التحكيم المختار من قبل الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " هو تحكيما بالقضاء " تحكيما عاديا " ، أم تحكيما مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق علي التحكيم " ، وسواء كان الإتفاق على التحكيم قد تم في صورة شرط للتحكيم ، للفصل في نزاع محتمل ، وغير محدد عن طريق نظام التحكيم ، أم مشارطة تحكيم ، للفصل في نزاع قائم ، ومحدد ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ،

دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل في موضوعه - تفاديا من ضرورة الإلتجاء فيما بعد إلى حكم مرجح ، والإختلاف على تعيينه (١) .

وقد نصت المادة (٢/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية - على أنه :

" إذا تعدد المحكمون وجب فى جميع الأحوال أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا " .

كما نصت المادة (٢/١٥) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا ، وإلا كان التحكيم باطلا " .

والإصطلاح الثانى Troisieme arbitre ، فيقصد به :

ذلك المحكم الذى يتدخل - لالترجيح رأيا على آخر - وإنما لإجراء تحكيم جديد ، أمام الهيئة الجديدة المشكلة منه ، ومن المحكمين الأصليين (٢)

---

(١) فى دراسة نظام المحكم المرجح ، والذى كان سائدا فى ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، أنظر :

Dalloz – Nouveau Repertoire De Droit Civile. Deuxieme edition. 1962. N. 203 et s ; JEAN – ROBERT : Arbitrage civile et commercial en Droit interne. T. 1. Troisieme edition. P. 174 et s ; JEAN – VINCENT : Procedure civile. Dix – Huitieme edition. N. 819 et s ; DE BOISS[illegible]N et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage. edition. 1[illegible] N. 96 et s.

(٢) أنظر :

ALFRED BERNARD : L'arbitrage volontaire. N. 465.

ولدراسة اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفــاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة " - كــأحد أركــان الإتفــاق علــى التحكيم ، وشروط صحته** - فإنه ينبغى أن نتناول بالدراسة - **وفى مبحــث أول** - مدى جوهرية اختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم ، فى الإتفاق على التحكيم . أو بمعنى آخر ، تعيين هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم - **شـرطا كان ، أم مشارطة** - فى الإتفاق على التحكيم ، كشرط من شـــروط صحتــه واختلاف الأنظمة القانونية الوضعية - **على اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** - فى هذا الشأن ، ثم بعد ذلك - **وفى مبحث ثان** - ندرس الشـــروط الواجـب توافرها فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفــاق علــى التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فـــى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعـــات بين الأفراد - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماإستثنى بنــص قــانونى وضعــى خاص . **وفى مبحث ثالث** ، نتعرض بالبحث ، والتحليل لتعيين هيئة التحكيــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشارطة** - فى الإتفاق على التحكيم فى القانون الوضعى الفرنسى المقارن .
وأخيرا : **وفى مبحث رابع** - نتعرض بالبحث ، والتحليل لتعيين هيئة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشارطة** - فى الإتفاق على التحكيـــم فـــى القـــانون الوضعـــى المصـــرى والمشكلات العملية التى يمكن أن تثار فى هذا الشأن ، والحلول المقررة لـــها وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول

مدى جوهرية تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – فى الإتفاق على التحكيم

إختلاف الأنظمة القانونية الوضعية بشأن مدى جوهرية تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – فى الإتفاق على التحكيم :

إذا كان الأطراف المحتكمون يحرصون على الفصل فى منازعاتهم من قبل أشخاص ذوى خبرة معينة ، أو محل ثقة ، يعهدون إليهم بعناية الفصل فى نزاع قائم بينهم ، أو سوف ينشأ عن تنفيذ ، أو تفسير العقد المبرم بينهم فإنه يثور التساؤل عن مدى التزام هؤلاء الأطراف المحتكمين بتعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم ؟ . ومدى إمكانية تدخل القضاء العام فى الدولة ، للقيام بذات المهمة المتقدمة ، عند تخلف الأطراف المحتكمون عن القيام بها ؟ .

تختلف الأنظمة القانونية الوضعية بشأن ضرورة تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى الإتفاق على التحكيم ذاته ، أو فى اتفاق مستقل . فنجد مثلا أن المادة (١٤٤٨/٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية تنص على أنه :

" **يجب أن يشتمل إتفاق التحكيم على تعيين المحكمين أو بيان بعددهم وطريقة تعيينهم** " ، وذلك بالنسبة للصورة الأولى من صورتى الإتفاق على

التحكيم ، ألا وهى مشارطة التحكيم . أما شرط التحكيم ، فإن المادة (١٤٤٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية قد خولت رئيس المحكمة الكلية ، أو رئيس المحكمة الكلية التجارية سلطة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بناء على طلب الخصم ، إذا مانشأ النزاع بالفعل ، ولم يكن شرط التحكيم قد تضمن بطبيعة الحال أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو بيانا بطريقة تعيينهم .

فى حين نجد أن المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - تنص على أنه :

" ومع مراعاة ماتقضى به القوانين الخاصة يجب تعيين أشخاص المحكمين فى الإتفاق على التحكيم ، أو فى اتفاق مستقل " .

بينما نصت المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١ - لطرفى الإتفاق على التحكيم الإتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم ، فإذا لم يتفقا إتبع مايأتى .... " .

ولعل الحكمة من اشتراط تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى الإتفاق على التحكيم ، فى بعض الأنظمة القانونية الوضعية ، هو مراعاة المشرع الوضعى فى مثل هذه الأنظمة لطبيعة الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - واعتباره من الإتفاقات التى يراعى فيها الجانب الشخصى ، أو الإعتبارات الشخصية ، والملحوظة فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وإذا كانت الأنظمة القانونية الوضعية قد اختلفت فيما بينها بشأن ضرورة تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم في الإتفاق على التحكيم ذاته ، أو في اتفاق مستقل . فقد اختلفت فيما بينها كذلك ، حول مدى اعتبار هذا التعيين بمثابة شرط جوهري في الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - يبطل إذا لم يشتمل عليه ؟ . أم أنه ليس كذلك ؟ . ومدى إمكانية تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بوسيلة أخرى ، غير تعيينهم بواسطة الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " - أي بواسطة القضاء العام في الدولة مثلا ؟ .

فبعض الأنظمة القانونية الوضعية توجب ضرورة قيام الأطراف المحتكمون بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بأشخاصهم في وثيقة التحكيم ذاتها ، أو في اتفاق مستقل ، وعند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وإلا كان الإتفاق على التحكيم باطلا . ومن هذه الأنظمة القانونية الوضعية : النظام القانوني الوضعي المصري ، في نصوص قانون المرافعات المصري الحالي رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية - حيث كانت المادة (٣/٥٠١) منه تنص على أنه :

" ومع مراعاة ماتقضى به القوانين الخاصة ، يجب تعيين أشخاص المحكمين في الإتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل " . ومن ثم ، كان لابد من الحكم ببطلان الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - إذا جاء خاليا من تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع

الإتفاق على التحكيم . إذ أن هذا التعيين كان عنصرا جوهريا فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** [1] .

أما قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ ، فلم يكن يشترط تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع. الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - إلا فى نظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " " المادة (٨٢٤) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ " .

ففى نظام التحكيم بالقضاء " **التحكيم العادى** " ، كان يخول للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ام **مشارطة** - سلطة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا لم يعينهم الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو كان أعضاء هيئة التحكيم - **كلهم** ، **أو أغلبهم** - قد اعتزلوا التحكيم ، أو عزلوا عنه ، بناء على طلب الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " " المادة (٨٢٥) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ " [2] .

---

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا - الجديد فى عقد التحكيم ، وإجراءاته - مقالة منشورة فى مجلة كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - ١٩٧٠ - العدد الأول - ص ٦ ومابعدها ، وراجع أيضا : المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، تعليقا على نص المادة (٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

(2) أنظر : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٣٦٩ ص ٩٢١ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قوانين المرافعات فى التشريع المصرى ،

وكان ذلك هو الإتجاه المعتمد فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة والذى كانت المادة (١٠٠٦) منها تستلزم ذكر أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مشارطة التحكيم وإلا كانت باطلة . وإن كان القضاء الفرنسى قد اكتفى رغم ذلك بتحديد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " للوسيلة التى يتم بها تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بصورة قاطعة [1] .

كما أن هذا هو المسلك الذى اتخذه المشرع الوضعى الفرنسى فى المادة (٢/١٤٤٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والذى نص فيها على ضرورة أن يشتمل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - على تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو بيانا بعددهم ، وطريقة تعيينهم . فلا يعتبر تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فى الإتفاق على التحكيم شرطا لصحته ، فيكون صحيحا ، ولو جاء خلوا من هذا التعيين ، شريطة أن يتضمن طريقة تعيينهم وعندئذ ، يتولى القضاء العام فى الدولة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة

والمقارن – الجزء الأول – بند ٢٤٥ ص ٢٩٧ ، ٢٩٨ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

(١) أنظر :

ALFRED BERNARD : L'arbitrage volontaire . N . 85 ;

وانظر أيضا :

Cass . [illegible] 12 . 1936 . Gaz . Pal . 1936 . 1 . 457 .

مشارا لهذا الحكم القضائى لى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ١٩٨٨ – ص ١٦١ .

بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بناء على طلب من أحـــد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ففى مثل هذه الأنظمة القانونية الوضعية توجب النصوص القانونية الوضعيـة المنظمة للتحكيم ضرورة قيام الأطراف المحتكمون بتعيين أشخاص أعضـاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم ، أى تعيينهم بأشخاصهم فى وثيقة التحكيم ذاتها ، أو فى اتفاق مستقل ، عند نشـأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وإلا كان التحكيم بـاطلا . ولايكـون لأى من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " الإلتجاء إلـى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لتعييـن أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ولو كانت بينه ، وبين الأطراف الآخرين إتفاقا على التحكيم فى هذا الـنزاع من حيث المبدأ . إذ أن تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فـى الإتفاق على التحكيم يكون شرطا لصحته ، حيث أن الثقة فى حسـن تقديـر أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وحسن عدالتها ، هى فى الأصل مبعث الإتفاق على التحكيم .

بينما ذهبت بعض الأنظمة القانونية الوضعية الأخرى إلـى منـح المحكمـة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـان ، أم مشارطة** - سلطة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا لم يكن الأطراف المحتكمـون " **أطـراف الإتفاق على التحكيم** " قد اتفقوا على تعيينهم فى وثيقة التحكيم ذاتها ، أو فـى اتفاق مستقل . فلم تجعل هذه الأنظمة القانونية الوضعية من تعييـن أعضـاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم فـى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - شرطا لصحتـه ، بحيـث يبطل إذا انتفى الشرط .

وقد أخذ بهذا الإتجاه الأخير مجموعة المرافعات الفرنسية الحاليـــة ، بحيـث لايعتبر تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـــنزاع موضــوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - شرطا لصحته ، فيكون صحيحا ، ولو جاء خاليا من هذا التعييـــن ، شــريطة أن يتضمن طريقة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . وعندئذ ، يتولى القضاء العـــام فـــى الدولـــة تعيينهم ، بناء على طلب أحد ذوى الشأن .

أما إذا جاء الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان . أم مشـــارطة** - خاليـــا مـــن تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـــنزاع موضــوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يكون باطلا " المادة (١٤٤٣) مـــن مجموعـــة المرافعات الفرنسية الحالية " (١) .

أما فى شرط التحكيم ، فقد خصته مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية بمادة قانونية مستقلة ، هى المادة (١٤٤٤) ، خولت لرئيس المحكمة الكليـــة ، أو لرئيس المحكمة الكلية التجارية سلطة تعيين أعضاء هيئة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بناء على طلـــب الخصـــم إذا مانشأ النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالفعل .

كما أخذ بهذا الإتجاه أيضا قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، حيث نصت المـــادة (١٧) منه على أنه :

" ١ - لطرفى الإتفاق على التحكيم ، إختيار المحكمين وعلـــى كيفيـــة ووقت اختيارهم ، فإذا لم يتفقا إتبع مايأتى :

---

(١) أنظر :

DAVID RENE : L'arbitrage commercial international . P . 308 et s ; **DE BOISSESON et DE JUGLART** : op . cit . , N . 106 . P . 10 et s . P . 179 et s .

أ - إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) إختياره بناء على طلب أحد الطرفين .

ب - فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين إختار كل طرف محكما ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث ، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون ، إختياره بناء على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذى اختاره المحكمان المعينان ، أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم ، وتسرى هذه الأحكام فى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين .

٢ - وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التى اتفقا عليها ، أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه ، أو إذا تخلف الغير عن أداء ماعهد به إليه فى هذا الشأن ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء ، أو بالعمل المطلوب مالم ينص فى الإتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل .

٣ - وتراعى المحكمة فى المحكم الذى تختاره الشروط التى يتطلبها هذا القانون وتلك التى اتفق عليها الطرفان ، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ، ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (١٨) ، (١٩) من هذا القانون لايقبل هذا القرار الطعن بأى طريق من طرق الطعن " .

كما تنص المادة (٢١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" إذا انتهت مهمة المحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأى سبب آخر وجب تعيين بديله طبقا للإجراءات التى تتبع فى اختيار المحكم الذى انتهت مهمته " [1] .

وإذا كان لابد من تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أو فى اتفاق مستقل ، أو فى دعوى قضائية مرفوعة إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو بالطريقة التى حددها الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، فهل يجب توافر شروطا خاصة فيمن يمكن تعيينهم أعضاء لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ؟ . وبعبارة أخرى ، هل تشترط الأنظمة القانونية الوضعية شروطا معينة فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ؟ . لدراسة ذلك بالتفصيل ، فإننا سوف نخصص المبحث الثانى لدراسة الشروط الواجب توافرها فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

---

(1) ف بيان طريقة تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل ف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان أم مشارطة " - سواء تشكيلها بواسطة الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أو كان قد تم تشكيلها عند الإلتجاء إلى مراكز التحكيم ، أو التدخل القضائى ف تشكيلها ، أنظر على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٦٣ ومايليه ص ٦٣ ومابعدها .

المبحث الثانى

الشروط الواجب توافرها فى أعضاء هيئـــة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم شرطا كان ، أم مشارطة [1]

هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم ـ شرطا كان ، ام مشارطة – تحل محل القاضى العام فـــى الدولة ، فى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم ، إلا أنها لاتكون لها صفته :

تطلبت الأنظمـــة القانونيـــة الوضعيـــة – وعلـــى اختـــلاف مذاهبـــها واتجاهاتها – شروطا يجب توافرها فيمن يتولى مهمة التحكيم ، نظرا للطبيعـــة القضائية للمهمة التى تضطلع بها هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى النـــزاع

---

(1) فى بيان الشروط الواجب توافرها فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – وضمانات الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " فى مواجهتهم ، أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبـــارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٥٤ ومابعدها ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة – ص ١٧٦ ومابعدها ، المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٢٠٣ ومايليـــه ص ٦٢٥ ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليـــها – ص ٣٠٦ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدوليـــة الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ٢٣٢ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيـــم – الرســـالة المشار إليها – بند ١٨٠ ومايليه ص ١٧٣ ومابعدها .

موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وحتى لايسترك أمر ممارسة القضاء - **حتى ولو كان قضاء خاصا - لأى شخص .**

ويجب توافر هذه الشروط سواء كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - من اختيار الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أم كانت قد عينت من قبل القضاء العام فى الدولة . وتفترض هذه الشروط أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يلزم فى أعضائها أن يكونوا من الأشخاص الطبيعيين . فإذا ورد فى الإتفاق على التحكيم تحديدا لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو تحديدا لأحد مراكز التحكيم المنتشرة فى جميع أنحاء العالم ، فإن ذلك ينصرف إلى تولى هذه الهيئة ، أو مركز التحكيم تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكم - **شرطا كان أم مشارطة** . وقد عالجت المادة (١٤٥١) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية هذا الفرض ، وتتشابه فى أحكامها مع نصوص قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية المنظمة لكيفية تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** .

ولم تتضمن مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة - والصادرة سنة ١٨٠٦ - نصا قانونيا وضعيا يبين الشروط الواجب توافرها فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم شارطة** - وظل هذا الوضع كما هو حتى صدور مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، حيث تنص المادة (١/١٤٥١) منها على أنه :

" **مهمة التحكيم لايعهد بها إلا إلى شخص طبيعى يتمتع بالأهلية الكاملة التى تتيح له مباشرة كافة حقوقه المدنية** " .

كما لم تشر مجموعة المرافعات المصرية المختلطة ، والأهلية إلى تلك الشروط ، ولكن المشرع الوضعي المصرى تدارك هذا الأمر فى مجموعات المرافعات المدنية ، والتجارية التى صدرت بعد ذلك .

وتنص المادة (١/١٦) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية تنص على أنه :

" **لايجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه ، أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه فى جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه مالم يرد إليه اعتباره** " .

وتنص (٢/١٥) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا** " ، وهو نفس ماتنص عليه المادة (١٤٥٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية .

وفيما عدا شرطى الأهلية ، ووترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - فإنه لم يرد فى النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم - **سواء فى فرنسا** ، **أو فى مصر** - أى شرط آخر ، وهو ماترك مجالا لفقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن مجالا لاستكمال هذه الشروط ، من خلال ماأثبته الواقع العملى ، مع مراعاة الطبيعة القضائية لمهمة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - مما أوجد إختلافا كبيرا حول من يصح تعيينه عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ومن لايصح . وإن كانت النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم فى كل من فرنسا ، ومصر لم تربط بين نظام التحكيم ، ونظام القضاء العام فى الدولة ، فى خصوص هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع

الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - والشروط الواجب توافرها في أعضائها ، فلا يجب أن يتوافر فيهم مايجب أن يتوافر في القضاة المعينين من قبل الدولة . فلم يشترط فيمن يعين عضوا في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن يكون حاصلا على مؤهل دراسي في القانون ، أو الشريعة الإسلامية الغراء ، كما يتطلب فيمن يعين في وظيفة القضاء العام في الدولة .

فقد تضمنت المادة (٣٨) من قانون السلطة القضائية في مصر مجموعة من الشروط الواجب توافرها فيمن يعين في وظائف القضاء العام في الدولة والتي يقسمها فقه القانون الوضعي المصري إلى طائفتين (١) ، (٢) :

الطائفة الأولى :

عامة :

يتعين توافرها في وظائف القضاء العام في الدولة ، بحيث لايجوز لأي شخص أن يعين قاضيا ، مالم تتوافر هذه الشروط لديه .

والطائفة الثانية :

خاصة :

---

(١) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - ص ١٢٤ ، أحمد ماهر زغلول - الموجز في أصول ، وقواعد المرافعات - الكتاب الأول - ١٩٩١ - المكتبة القانونية بالقاهرة - بند ٢٤ ص ٤٩ .

(٢) في دراسة ضمانات القضاة . وخاصة ، عدم قابليتهم للعزل ، وتقرير قواعد خاصة [illegible] ، ندبهم ، ترقيتهم ، مرتباتهم ، مساءلتهم تأديبا ، التحقيق معهم ، ومحاكماتهم جنائيا ، أنظر [illegible] صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٨٧ - دار النهضة [illegible] بالقاهرة - بند ٤٥ ومايليه ص ٩٢ ومابعدها .

وتتعلق بشغل درجات القضاء العام فى الدولـــة ، والشــروط الواجــب توافرها فى كل درجة منها .

وتدور الشروط العامة التى يتعين توافرها فى وظائف القضاء العام فــى الدولة حول مجموعة من الصفات الواجب توافرها فيمن يعين قاضيا عامـــا من قضاة الدولة – وأيا كانت الدرجة التى يشغلها فى الســـلك القضـــائى – وهذه الشروط هى :

الشرط الأول :

الجنسية المصرية .

الشرط الثانى :

كمال الأهلية المدنية (١) .

الشرط الثالث :

ضرورة بلوغ سنا معينة :

وتختلف هذه السن حسب الدرجة التى يعين بها القاضى العام فـــى الدولة .

والشرط الرابع :

إجازة الحقوق .

أما الشروط الخاصة – **والتى تتعلق بشغل درجات القضاء العام فى الدولـــة والشروط الواجب توافرها فى كل درجة منها** – فنجد من بينـــها : الخـبرة القانونية ، والتى تلعب دورا فى شغل وظائف القضاء العام فى الدولة ، فــلا يعين فى هذه الوظائف سوى من سبق له الإشتغال بالأعمال القانونية ، مـــن أجل أن يكتسب خبرة ، ودراية فى فهم قواعد القانون الوضعى . ولذا ، فإنــه

---

(١) فى ضرورة توافر الأهلية المدنية الكاملة فيمن يعين فى وظيفة القضاء العام فى الدولة ، أنظر : محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدنى – ص ٩٧ ومابعدها .

لايعين قاضيا عاما من قضاة الدولة إلا من سبق له العمل بالنيابة العامة ، أو هيئة قضايا الدولة .

بالإضافة إلى ذلك ، فإن هناك فئات أخرى – كالمحامين ، وأعضاء هيئات التدريس بكليات الحقوق ، وهيئات تدريس القانون بالجامعات المصرية – يمكنهم شغل وظائف القضاء العام في الدولة . وعندئذ ، يشترط بالنسبة لهم بالإضافة إلى الشروط العامة التي يتعين توافرها في وظائف القضاء العام في الدولة شروطا خاصة تختلف بحسب الدرجة المراد شغلها ، وبحسب ما إذا كان من المحامين ، أو من أعضاء هيئات التدريس بكليات الحقوق في مصر

ويجب أن يتوافر في القاضي العام في الدولة العديد من الصفات الفنية والأخلاقية . فيجب أن يكون متصفا بالنزاهة التامة ، والإستقلال المطلق وضبط النفس ، والذكاء ، وأن يكون متمكنا من العلوم القانونية ، خبيرا بالقضاء ، وبالإنسان ، راجح العقل ، حسن الفهم ، دائم النظر في أحوال البشر ، وفي نفسه هو خاصة ، وأن يكون فيلسوفا إجتماعيا ، راسع الإطلاع هادئ الفكر ، متواضعا . فإذا أضيف إلى ذلك قدرته على مقاومة أهوائه وإصلاح ذات نفسه ، كان جديرا أن يسمى قاضيا [1] .

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للقاضي العام في الدولة ، فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – وإن كانت تحل محل القاضي العام في الدولة ، في الفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إلا أنها لاتكون لها صفته . ومن ثم لاتخضع لشروط تعيين القاضي العام في الدولة ، ولاتحلف اليمين المقرر في قانون السلطة القضائية المصري – مالم يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم "، وهيئة التحكيم المكلفة الفصل في النزاع موضوع

(1) أنظر : محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدني – الطبعة الثانية – ١٩٩٠/١٩٩١ – ص ١١ ومابعدها .

الإتفاق على التحكيم على وجوب حلفها أمامهم قبـــل أن تباشــر مهمتــها والتى عهدوا بها إليها – والتى يتعين على القاضى العـــام فـــى الدولـــة أن يحلـها ، لمباشرة مهمته ، لأن حلفها يكون مقصورا على من يلى القضاء مـن موظفى الدولة .

فضلا عن أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – لاتتمتع بمايتمتع به القاضى العام فـــى الدولة من ضمانات . خاصة ، عنـــد عبــث المتقــاضين ، ومطالبتـــهم لـــه بالتعويض . فإجراءات المخاصمة ، ومواعيدها ، وأسبابها – والتـــى وردت على سبيل الحصر فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية – قد قصد بـــها المشرع الوضعى حماية ذات مرفق القضاء العام فى الدولة ، وتهيئـــة جـــو صالح للقاضى العام فى الدولة ، يكفل له إصدار قضاء بعيدا عـــن الشـــبهات يشيع الطمأنينة فى نفوس المتقاضين ، ولايعمل بها إلا فى الحدود الإســـتثنائية المقررة قانونا ، وبالنسبة لمن نص عليهم فقط [1] .

بمعنى ، أنه وعند مطالبة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم بالتعويض لأى سبب مـــن الأســـباب ، فـــإن الدعـــوى

---

(١) أنظر :

BERNARD ALFRED : L'arbitrage volontaire en droit prive . 1937 . Bruxelles . N . 363 et s ; CARRE et CHAUVEAU : Lois de procedure civile et commercial . 5e ed . N . 1801 et s .

وقارن ماجاء فى :

GLASSON , TISSIER et MOREL : Traite theorique et pratique d'Organisation Judiciaires . T . 5 . N . 184 et s .

حيث يرى إمكانية تمتع هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شـــرطا كان ، أم مشارطة – بالضمانات الخاصة بالقاضى العام فى الدولة ، عند عبث المتقاضين ، ومطالبتـــهم لـــه بالتعويض .

القضائية المرفوعة عليها عندئذ ترفع وفقا للقواعد العامة في الإجراءات وفي المواعيد ، والإختصاص القضائي [1] .

وقيل في رأى ضعيف أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وإن كانت لاتتمتع بالضمانات الخاصة بإجراءات مخاصمة القاضي العام في الدولة ، إلا أنها لاتسأل إلا في الأحوال المحددة في القانون الوضعي على سبيل الحصر والتي يسأل فيها القاضي العام في الدولة [2] .

وإذا كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لاتخضع لشروط تعيين القاضي العام في الدولة ، فإنها لاتعد مرتكبة لجريمة إنكار العدالة ، إذا امتنعت عن القيام بعملها - أي بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - بعد سبق قبولها القيام به ، لأنها لاتعتبر قاضيا عاما من قضاة الدولة ، يكون ملزما بحكم وظيفته القضائية بالقيام بعمله ، وإن كانت تلتزم بالتعويض في هذا الشأن ، إن لم تكن لديها عذرا مقبولا ، يبرر إمتناعها عن القيام بمهمة التحكيم [3] .

ولاتسأل الحكومة عن عمل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لأنها لاتسأل إلا عن أعمال تابعيها ، وهي ليست بتابع لها ، وإن كانت تسأل عن اختيارها - إذا

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٨٧ ص ٢١٢ .

(٢) أنظر :

GARSONNET et CEZAR - BRU : op . cit ., T.8. N.308 ;
BERNARD ALFRED : op . cit ., N . 364 et s

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا - الإشارة المتقدمة .

تم ذلك بواسطة القضاء العام فى الدولة ، فى الأنظمة القانونيـة الوضعيـة التى تجيز ذلك - وكانت شروط مخاصمة القاضى العام فى الدولـة عندئـذ متوافرة - كما إذا وقع من القاضى العام فى الدولة غشا عند تعيينه عضـوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1]

ومن المفروض أن يختار الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق علـى التحكيم " هيئة تحكيم للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تكـون نزيهة ، ومحايدة [2] ، باعتبار أن نظام التحكيم ، وإن كان قضاء ، إلا أنـه قضاء .

ولذا ، يجب أن تتوافر فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - صفة حياد القاضى العـام فى الدولة [3] .

وإن كان يلاحظ أنه كثيرا مايحدث فى الممارسة العملية أن يختار الأطـراف المحتكمون هيئة تحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من بين الأشخاص الذين تربطهم بهم صلة وثيقة ، أو من بين الأشخاص الذين قد تكون لهم مصلحة أدبية ، أو مادية فى النزاع موضوع الإتفاق التحكيم ومثل هذا الإختيار يكون صحيحا ، وجائزا ، وملزما للأطراف المحتكمين " أطراف

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - الإشارة المتقدمة .

(٢) فى دراسة مضمون مبدأ حياد هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفـاق علـى التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - واستقلالها ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيـم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٣٢٥ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيـم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٩١ ومايليه ص ٣٠٣ ومابعدها .

(٣) أنظر : محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - ص ١١٦ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشـار إليـها - ص ٢٣٤ ومابعدها .

الإتفاق على التحكيم " . ولكن إذا اختار الطرف المحتكم " الطرف في الإتفاق على التحكيم " عضوا في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، معتقدا أنه تتوافر فيه صفة الحياد ، ثم اتضح أنه تربطه بالطرف المحتكم الآخر علاقة خاصة ، تجعله غير صالح لنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه – ووفقا للقواعد العامة في العقود – يستطيع أن يطلب إبطال الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – لغلط في صفة جوهرية في شخص المتعاقد (١) ، (٢) .

فالأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " لايتفقوا على التحكيم إلا للفصل في منازعاتهم في جو عائلي ، أو خاص ، لايسوده مايسود جو المحاكم من رسميات ، ومظاهر ، وشكليات ، قد تؤثر على العلاقات العائلية والودية القائمة بينهم . وكثيرا مايكون أساس نظام التحكيم ، والغرض الرئيسي منه ، هو وضع النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة – في يد شخص أمين ، يكون حريصا على تلك العلاقات – كرب الأسرة ، أو صديق حميم للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أو محام يحترمه الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

---

(١) أنظر : محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائي المدني – الطبعة الأولى – ١٩٧٦ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ٩١ ومابعدها ، أسامة الشناوي – المحاكم الخاصة في مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤٣٥ .

(٢) في دراسة الغلط كأحد عيوب الإرادة . وخاصة ، الغلط في شخص المتعاقد ، أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختياري ، والإجباري – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٦٢ ومابعدها ، عبد الودود يحيى – الموجز في النظرية العامة للإلتزامات – ١٩٨٢ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٣٨ ، ص ٤٩ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعي – التحكيم ، والنظام العام في [illegible] الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ٢٣٥، ٢٣٦ .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " يصح أن يعين محامى أحد الخصوم محكما بشرط أن يكون الخصم الآخر على علم بذلك وقت التوقيع على المشارطة التى تتضمن اختياره " .

كما قضى كذلك : " بجواز رد المحكم الذى تناول الطعام مع أحد طرفى الخصومة ، وعلى نفقته ، أو الذى على ود شديد مع أحد الخصوم ، أو الذى كتب استشارة فى موضوع النزاع قبل عرضه عليه ، أو الذى كتب هذه الإستشارة فى الفترة بين الإتفاق على التحكيم ، وبين اختياره ، أو الذى فى خصومة ، وعداء مع أحد الخصوم ، أو الذى كان - ومازال - دائنا لأحد الخصوم ، أو الذى أصبح مدينا له " (١) .

وقضى : " بعدم جواز رد المحكم الذى أكل مع خصم على نفقة الغير ، أو أكل على نفقة الخصمين معا ، وبدعوة منهما ، أو الذى عمل محكما فى قضية مشابهة " (٢) .

ومادمنا قد سمحنا أن يختار الأطراف المحتكمون هيئة تحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - من بين الأشخاص الذين تربطهم بهم صلة وثيقة ، أو من بين الأشخاص الذين تكون لهم مصلحة مادية ، أو أدبية فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وهذا الإختيار قداعتبرناه صحيحا ، وجائزا ، وملزما للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، فإنه لاتصلح هذه الروابط ، أو تلك العلاقات لأن تكون أسبابا لرد هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كما هى أسبابا لرد القضاة المعينين من قبل الدولة - لأن من المسلم به أنه لايجوز أن يكون لأحد القضاة المعينين من

---

(١) أنظر : إستئناف مختلط - ١٩٤٣/١٢/١٦ - مجلة التشريع والقضاء - ١٩٥٦ - ص ٢١ .

(٢) راجع الأحكام القضائية المشار إليها فى : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ١٦٤ - فى الهامش .

قبل الدولة فى هيئة المحكمة العادية صلة وثيقة بأحد الخصوم فـــى الدعـــوى القضائية المعروضة عليها ، للفصل فيها ، أو له مصلحة ماديـــة ، أو أدبيـــة فيها (١) .

ضرورة توافر الأهلية المدنية الكاملة لدى أعضاء هيئة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شـرطا كان ، أم مشارطة (٢) :

أجمع المشرعان الوضعيان المصرى ، والفرنسى المقارن على أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم

---

(١) أنظر :

E . MOREAU : Influence sur la validite de l'arbitrage des rapports antieurs des arbitres avec les parties . Rev . Arb . 1969 . P . 43 et s , La recusation des arbitres dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1975 . P . 223 et s ; ERIC - LOQUIN : Juris - Classeur . Arbitrage . 1986 . Procedure civile . Fasc . 1032 .

وانظر أيضا : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٣٥ ومابعدها .

(٢) فى دراسة شرط توافر الأهلية المدنية الكاملة فيمن يختار عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أنظر :

JACQUELIN - RUBELLIN - DEVICHI : Procedure civile . Fasc . 1024 . ou commercial . Fasc . 210. N , 28 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , edition . 1990 . N . 199 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٦١ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ١٧٨٧ ومابعدها ، وتعليق على نص المادة (٨٢٠) ، والتى كـــانت تنـــص على أنه :

" لايصح أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائيـــة ، أو مفلسا مالم يرد له اعتباره " .

- شرطا كان ، أم مشارطة - متمتعين بكامل الأهلية المدنية ، وألا يعرض لهم عارضا يؤدى إلى الحجر عليهم ، وألا يكونوا محرومين من حقوقهم المدنية ، للحكم عليهم فى جناية ، أو جنحة مخلة بالشرف ، أو لشهر إفلاسهم ، طالما لم يستردوا اعتبارهم (١) .

كما لايجوز المجنون ، أو السفيه ، أو ذى الغفلة أن يكون عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لأنه لايملك التصرف فى حقوقه ، متى تم توقيع الحجر عليه (٢) .

فمن الطبيعى أنه يشترط فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تكون أهليتهم سليمة ، فلايعتورهم عيبا عقليا ، أو نفسيا ، أو جسديا يؤثر على إمكانية تفكيرهم تفكيرا مستويا .

---

(١) ويجيز رأى فى فرنسا للمحروم من حقوقه المدنية أن يكون عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - على تقدير أنه لايقوم بوظيفة عامة ، ولايعتبر اختياره عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تكريما له ، أو احتفالا به ، أنظر :

A . BERNARD : OP . CIT . , N . 255 ; MM. ROBERT et MOREAU : OP . CIT ., N . 115 ; Repertoire De Droit Procedure Civile . Droit interne . 1988 . N . 183 et s .

(٢) وتجمع القوانين الوضعية العربية على أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - كاملى الأهلية المدنية . ومن أمثلة هذه القوانين الوضعية العربية : المواد (١/١٧٤) من قانون المرافعات الكويتى ، (٥٠٨) من القانون السورى ، (٢٥٥) من قانون المرافعات المدنية العراقى رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ، (٧٤١) من قانون المرافعات المدنية ، والتجارية الليبى لسنة ١٩٥٤ ، (٢٣٤) من قانون المرافعات المدنية ، والتجارية لدولة البحرين - والصادر سنة ١٩٧١ - (٢٥٩) من القانون التونسى ، (٤) من قانون التحكيم السعودى ، أنظر نصوص هذه القوانين الوضعية العربية فى : أحمد أبو الوفا - التحكيم فى القوانين العربية - ص ٢٥، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ص ٢٦٦ - ٢٧٥ .

إذ لايعقل أن يسند أطرافا عقلاء حريصون على أحوالهم الفصل في منازعاتهم لمجنون ، أو سفيه ، أو مصابا بآفة عقلية ، أو جسدية ، لاتمكنه من التفكير للمستوى المنتظر صدوره من إنسان عاقل (١) .

وقد أكدت المادة (١/١٤٥٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على ضرورة أن تتوافر الأهلية المدنية الكاملة في أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بنصها على أنه :

" يشترط في المحكم أن يكون شخصا طبيعيا متمتعا بكامل الأهلية المدنية التي تتيح له مباشرة كافة حقوقه المدنية " (٢) .

ونفس الأمر تطلبته المادة (١/٥٠٢) من قانون المرافعات المصري الحالي رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - فقد جاء نصها كما يلي :

" ينبغي أن تتوافر الأهلية المدنية الكاملة في المحكم ، فلا يجوز أن يتولى التحكيم قاصرا أو محجورا عليه ، أو محروما من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية ، أو مفلسا مالم يرد له اعتباره " (٣) .

---

(١) أنظر : محمد رضا إبراهيم عبيد - شرط التحكيم في عقود النقل البحري - مقالة منشورة بمجلة الدراسات القانونية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة أسيوط - العدد السادس - يونية سنة ١٩٨٤ص ٢٢٦ ومابعدها .

(٢) أنظر في أن حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " - دائما ، وأبدا - يصدر من أشخاص طبيعيين ، حتى في الحالات التي يتفق فيها الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على تحكيم شخص معنوي - كغرفة تجارية ، أو محكمة ، أو غيرها :

DAVI[illegible] [illegible]ENE : L'arbitrage commercial international . N . 270 . P . 341 , [illegible] ; D[illegible] [illegible]OISSESON et DE JUGLART : op . cit. , ed . 1985. P. 176 .

كما نصت المادة (١/١٦) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١ - **لايجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه فى جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه مالم يرد إليه اعتباره** " .

ويعد شرط توافر الأهلية المدنية الكاملة لدى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - هو الشرط الوحيد الذى أجمعت عليه الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها . وبخاصة النظام القانونى المصرى والفرنسى المقارن** - ومن ثم ، لايجوز أن يكون عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - من يكون دونها ، بأن كان قاصرا - **سواء كان مأذونا له بإدارة أمواله ، أو غير مأذون له بهذه الإدارة** [1] - أو محجورا عليه - **ولأى سبب كان** - لجنون ، أو عته ، أو سفه ، أو غفلة ، أو كان محكوما عليه بعقوبة جنائية ، أو كان ممنوعا من مباشرة حقوقه المدنية - **كما لو كان** مفلسا ، أو اجتمعت فيه عاهتان من ثلاث " الصم ، والبكم ، **والعمى** " [2] .

(*) ونص المادة (١/٥٠٢) من مجموعة المرافعات المصرية الصادرة سنة ١٩٦٨ يقابل نص المادة (٨٢٠) من مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ .

(١) أنظر : عزمى عبد الفتاح - التحكيم فى القانون الكويتى - ص ١٧٨ .

(٢) أنظر :

GARSONNET : op . cit . , N . 236 . P 530 ; J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1993 . N . 114 . P . 94 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 199 . P . 154 . 155 .

وانظر أيضا : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا - بند ٩٤٥ ص ٦٤٠ ، عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٥٠ - بند ٤٥٥

وقد انتقد بعض الشراح إتجاه الرأى الذى لايجيز للقاصر أن يكون عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، علـى تقدير أنه فى بعض الأحيان قد يكـون القـاصر محاميـا ، أو مهندسـا ، أو محاسبا ، أو طبيبا ، ويكون فى عمله ، وفنه ، ورجاحة عقله أفضـل بكثـير ممن بلغ سن الرشد (١) .

ومع ذلك ، قيل أن القاصر الذى لايملك أن يتعاقد بنفسه ، أو يتصـرف فـى ملكه ، لايمكن أن يسمح له بأن يلى القضاء - حتى ولو كان قضاء خاصا - فى شأن من شئون الغير ، وتكون لمطلق إرادتـه التصـرف فـى حقـوق الغير (٢) .

ص ٦٤٢ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقـارن - بند ٢٤٤ ص ٢٦٩ ، رمزى سيف - قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية - بنـد ٦٦ ص ٧٣ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - الطبعـة الأولى - ١٩٧٦ - دار النهضـة العربيـة بالقاهرة - ص ١٠٣ ، ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائيـة ، والإختصـاص القضائى - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٦ ومابعدها ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيـم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٩ ص ١٧٨ ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الـدولى - بند ٣٦ ص ٧٢ ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بنـد ١٨٢ ومايليـه ص ١٧٥ ومابعدها .

(١) أنظر الأحكام القضائية العديدة المشار إليها فى :

A . BERNARD : L'arbitrage volontaire . 1937 . N . 256 et s .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٥٩ .

(٢) أنظر : محمد رضا إبراهيم عبيد - شرط التحكيم فى عقد النقل البحرى - المقالة المشار إليـها - ص ٢٢٧ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيـارى ، والإجبـارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ١٥٩ ، ١٦٠ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٢٤٣ ، فتحـى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٤٣ ص ٩١٦ .

وقيل أن القاصر الذى يجوز له القيام بأعمال الإدارة ، أو التجـارة ، يجـوز تعيينه عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفـاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – فى حدود تلك الأعمال (١) .

عدم جواز أن يكون عضو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - خصما فيه ، أو له مصلحة فيه :

هناك شرطا بديهيا لم تنص عليه الأنظمة القانونية الوضعية - **وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها** – فى النصوص القانونية الوضعية المنظمـة للتحكيم ، ولكن يتطلبه منطق الأمور ، وطبيعة التحكيـم تقتضيـه ، وهـذا الشرط هو ألا يكون عضو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – طرفا فيه .

إذ ليس من المتصور أن يكون الشخص خصما ، وحكمـا فـى آن واحـد . فلايجوز أن يكون الخصم حكما لنفسه ، أو أن يكون له مصلحة فى الـنزاع المعروض على التحكيم (٢) .

---

(١) أنظر :

BERNARD A . : op . cit . , N . 259 et s ; CARRE et CHAUVEAU : op . cit . , T . 7 . N . 2982 ; Repertoire De Droit Commercial . Arbitrage commercial . T . 1 . 1988 . N . 98 ; JACQUELIN – RUBELLIN – DEVICHI : . Juris – Classeur . Procedure civile . N . 28 .

(٢) أنظر :

MOREL – RENE : Traite elementaire de procedure civile . 1949 . N . 722 . p . 500 ; GARSONNET et CEZAR – BRU : op . cit . , T . 8 . N . 262 ; GLASSON , TISSIER et MOREL : op . cit . , N . 1862 ; Dalloz – Nouveau Repertoire De Droit . N . 83 .

وهذه القاعدة تكون من النظام العام في الأنظمة القانونية الوضعية – وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها [1] .

وتطبيقا لما تقدم ، فإنه لايجوز للدائن ، أو الكفيل ، أو الضامن أن يكون عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع الواقع بين المدين ، أو المضمون ، أو الغير ، لأن الدائن ، أو الكفيل له مصلحة دائما فى تأييد مركز المدين [2] .

كمالايجوز للمساهم ، أو الشريك فى شركة أن يكون عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع بين الشركة ، والغير ، لتعارض مصلحته مع ماقد تسفر عنه نتيجة التحكيم [3] .

وانظر أيضا : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١٣٧١ ص ٨٣٦ ، أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – بند ٢٩٣ ص ٣٩٧ ، فتحي والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – بند ٤١٤ ص ٧٢٣ ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٤٣ ص ٩١٧ ، محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ص ١٠٣ ، أحمد محمد مليجي موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٦ ، ١٨٧ ، أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤٣٥ .

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٥٩ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ١٧٩ .

(2) أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١٣٧١ ص ٨٣٦ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٥٨ .

(3) أنظر : عبد الحميد أبو هيف – الإشارة المتقدمة ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٥٩ .

ولايجوز للمهندس الذى أشرف على عملية ما ، أو قام بتهيئتها للتنفيـــذ ، أن يكون عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع بيـــن رب العـــامل والمقاول ، والذى نفذ هذه العملية ، لأن المهندس قـد أشـــرف علـــى عمـــل المقاول [1] .

إختلاف فقه القانون الوضعى المقارن حول بعض الصفات الواجب توافرها فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :

أولا :

هل يمكن أن يكون عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم - شـــرطا كـــان ، أم مشارطة - إمرأة ؟ :

إذا رجعنا إلى نصوص القانون الوضعى المصرى رقـــم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المـــواد المدنيـــة ، والتجاريـــة ، أو للنصـــوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم فى مجموعة المرافعات الفرنسية الحاليـــة فإننا لانجد نصا بالجواز ، أو المنع بالنسبة لاختيار المرأة عضوا فـــى هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** - باستثناء المادة (٢/١٦) من قانون التحكيم المصرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة ، والتـــى تنص على أنه :

" لايشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة ، إلا إذا اتفـــق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك " .

---

(1) انظر : أحمد أبو الوفا - الإشارة المتقدمة .

ونتيجة لذلك ، فقد اختلف الرأى فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى كل من فرنسا ، ومصر بشأن مدى جواز أن تكون المرأة عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة [1] ؟ .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعى المقارن - **وبحق** - إلى جواز أن تكون المرأة عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لأن المرأة أصبحت فى الأنظمة القانونية الوضعية الحديثة متمتعة بحقوقها السياسية . ومنها حق تقلد الوظائف العامة .

فضلا عن أن فلسفة التحكيم ذاتها تقوم على ثقة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بأشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وليس هناك مايمنع من اختيار امرأة عضوا فى هيئة تحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، حازت على ثقة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وأولوها عناية الفصل فى نزاعهم [2] .

---

(١) فى بيان اختلاف الرأى فى فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن فى كل من فرنسا ، ومصر بشأن مدى جواز اختيار امرأة عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أنظر : علي بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٩٠ ومايليه ص ١٨١ ومابعدها .

(٢) أنظر :

MERLIN : Questions de droit . 4e ed . Voire : Jugement . T. 4 . P. 142 ; BERN[illegible] : op . cit ., N . 254 . P . 158 ; MOREL - RENE : op . cit ., 19[illegible] . 500 . N . 722 ; GARSONNET et CEZAR - BRU : op . cit ., [illegible] N . 262 ; GLASSON , TISSIER et MOREL : op . cit ., T . 2 . P . 18[illegible] ; Dalloz - Nouveau Repertoire De Droit . N . 62 , Dalloz - Repertoire Pratique . N . 92 ; DAVID - RENE : op . cit ., N . 270 . P . 34[illegible] [illegible]OBERT : L'arbitrage . ed . 1961 . N . 67 . P . 79 , 80 .

فهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - تتكون من أشخاصا يتمتعون بثقة الخصوم وأساس اختيارهم لها هو حسن عدالتها ، ومارأوه فى شخص أعضائها من قدرات ، وصلاحيات فى مجال تخصصهم ، جعلتهم أهلا - وفى تقديرهم - للفصل فى منازعاتهم ، بالشكل الذى يرونه مفضلا على التجائهم للقضاء العام فى الدولة . وهم فى اختيارهم لشخص عضو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، قد لايضعون - وفى الغالب الأعم من الحالات - إعتبارا كبيرا لجنسه - من حيث كونه رجلا ، أم امرأة - وإنما يكون الإعتبار الأساسى فى تقديرهم ، هو حسن عدالته ومقدار مايتمتع به من ثقة لديهم ، بحيث يستطيع الفصل فى منازعاتهم على نحو ملائم ، ويتفق ومصالحهم .

والمرأة تتمتع فى المجتمع المعاصر بمكانة هامة ، من خلال تقلدها أعلى الوظائف العامة فى الدولة ، فيكون من الإجحاف بها ، والإعتداء على حقوقها ، أن تقصر وظيفة التحكيم على الرجل ، دون المرأة . فكما يجوز أن

وانظر أيضا : رضا محمد إبراهيم عبيد - شرط التحكيم فى عقد النقل البحرى - المقالة المشار إليها -- ص ٢٢٧ ، فتحى والى - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٤١٤ ص ١٨٦ ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٤٣ ص ٩١٧ ، محمود محمد هاشم - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - بند ٦ ص ١٠ ، بند ١/٥٩ ص ١٨٠ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٥٩ص ١٨ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - - ص ١٠٣ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - ص ٤٧٩ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص ١٨٦ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٦٥ ص ١٥٤ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على نصوص قانون المرافعات - ص ١١٢٧ ، مصطفى مجدى هرجة - الموسوعة القضائية فى المرافعات المدنية ، والتجارية - الجزء الثانى - ١٩٩٥ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية - ص ١٦٦٣ .

تتولى المرأة الوظائف العامة . ومنها ، وظيفة القضاء العام فى الدولة ، فإنه يجوز لها كذلك أن يعهد إليها القيام بمهمة التحكيم .

وقد اعتمدت المادة (٢/١٦) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية وجهة النظر المتقدمة وأجازت اختيار المرأة عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بنصها على أنه

" لايشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم ، أو نص القانون على غير ذلك " . ، ولم يستثن من ذلك سوى حالتين ، وهما :

الحالة الأولى :

أن يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على عدم اختيار المرأة عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :

سواء كان ذلك فى الإتفاق على التحكيم ذاته - **شرطا** كان ، أم مشارطة - أو فى اتفاق مستقل - سابقا ، أم لاحقا **للإتفاق على التحكيم** - فعندئذ ، يجب إحترام إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

والحالة الثانية :

إذا نص القانون الوضعى المصرى على عدم جواز اختيار المرأة عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :

فعندئذ ، لامناص من احترام النص القانونى الوضعى المصرى الذى يمنع صراحة اختيار المرأة عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** .

في حين ذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعي المقارن إلى اشترط أن يكون عضو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - رجلا ، ولايجوز أن يكون امرأة ، لعدم تمتعها بالحقوق السياسية ، وعدم جواز توليها المناصب العامة في الأنظمة القانونية الوضعية الحديثة (١) ، (٢)

ثانيا :

مدى جواز أن يكون الأجنبي عضوا في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ؟ :

لم يرد في نصوص القانون الوضعي المصري ، ونصوص مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية المنظمة للتحكيم مايجيز ، أو يمنع أن يكون الأجنبي عضوا في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق

---

(١) أنظر :
CARRE et CHAUVEAU : op . cit . , T . 6 . N . 2983 ; GARSONNET et CEZAR - BRU : op . cit . , N . 304 ; Dalloz Repertoire Pratique . N . 92 ; GARSONNET : op . cit . , N . 236 . p . 530 .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٥٩ ص ١٨٠ ، أشرف عبد العليم الرفاعي - التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٣٢ .

(٢) راجع القوانين الوضعية التي لاتجيز اختيار المرأة عضوا في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :
RENE DAVID : op . cit . , N . 270 . P . 34 ; A . FOUSTOUCOS : op . cit . , N . 155 . P . 105 .

وانظر أيضا : محمد رضا إبراهيم عبيد - شرط التحكيم في عقود النقل البحري - المقالة المشار إليها - ص ٢٢٧ ، علي بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٩١ ص ١٨٣ .

على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - باستثناء المادة (٢/١٦) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، والتى جاء نصها على النحو التالى :

" لايشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة ، إلا إذا اتفق طرفا التحكيم ، أو نص القانون على غير ذلك " .

كما يجوز أن يتضمن شرط التحكيم أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - من الأجانب ، أو أن يكونوا هيئة أجنبية ، أو أن يناط اختيارهم - **كلهم أو بعضهم** - لجهات أجنبية ، طبقا لنص المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، والتى تجيز لأطراف الإتفاق على التحكيم الترخيص للغير ولجهات ، ومنظمات خارج مصر باتخاذ الإجراءات الواجبة الإتباع فى مسألة ما .

كما يجوز أن يتضمن شرط التحكيم إخضاعه - **وباتفاق أطرافه** - للقواعد النافذة فى أية منظمة ، أو مركز للتحكيم بمصر ، أو خارجها ، طبقا لنص المادة (٢٥) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

وقد اختلف الرأى فى فقه القانون الوضعى المقارن حول مدى جواز اختيار الأجنبى عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، ام مشارطة [1] ؟ .

---

(١) فى بيان اختلاف الرأى فى فقه القانون الوضعى المقارن حول مدى جواز اختيار الأجنبى عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ؟ . أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٩٢ [illegible] ومابعدها .

فقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعي المقارن - وبحق - إلى عدم اشتراط الأهلية السياسية فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة . ومن ثم ، يمكن أن يكون الأجنبى عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، حتى ولو كان جاهلا لغة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

فلا يشترط أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - من الوطنيين ، إعتبارا بأن نظام التحكيم غير نظام القضاء العام فى الدولة ، والقضاء العام فى الدولة هو فقط الذى لايتولاه الأجانب (٢) .

---

(١) أنظر :

MERLIN : Questions de droit . 4e ed . Voire : Jugement . T . 4 . P . 142 ; BERNARD : op . cit . , N . 250 . P . 154 ; J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1961 . N . 68 . P . 80 ; La legislation nouvelle sur l'arbitrage . D . S . 1980 . Chr . 191 . Note . 8 ; J . R . DEVICHI : La nature juridique de l'arbitrage . N . 28 ; CARRE et CHAUVEAU : op . cit . , T . 7 . N . 3260 ; Dalloz – Nouveau Repertoire De Droit . N . 62 ; Dalloz – Repertoire Pratique . N . 96 ; MOREL – RENE : op . cit . , N . 722 . P . 549 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , edition . 1990 . N . 198 . P . 153 ; J . VINCENT et S . GUINCHARD : Procedure civile . Dalloz . 1991 . N . 1359 .

وانظر أيضا :

T G I Paris . 22 Mai . 1987 . Rev . Arb . 1988 . P . 699 , 2e decision .

حيث قام رئيس محكمة باريس الكلية أثناء تدخله بتعيين المحكم الثالث فى نزاع فرنسى مكسيكى ، باختيار محكما فرنسيا ، وذكر فى الأمر الصادر بالتعيين ، أنه لم يرد فى اتفاق الأطراف المحتكمين مايفيد استبعاد اختيار محكما يحمل الجنسية الفرنسية ، سواء كان محكما مختارا بواسطة الأطراف المحتكمين ، أم كان محكما ثالثا يرأس هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وانظر أيضا : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٣ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٦ ،

فالتحكيم قضاء خاصا ، وليس قضاء عاما ، مما تولاه الدولة ، ويترتب على عدم ربط التحكيم بالحقوق السياسية ، جواز أن تتولاه هيئة باعتبارها كذلك رغم أن الشخص المعنوى لايتمتع بحقوق سياسية (١) .

وهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وإن كانت تقوم بوظيفة قضائية ، تشبه وظيفة القاضى العام فى الدولة فى موضوعها - وهى **الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بحكم تحكيم ملزم للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** - إلا أنها لاتمارس عندئذ وظيفة عامة دائمة ، لأن سلطاتها عندئذ تكون مستمدة من اتفاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ومن ثم ، يكفى أن يتمتع أعضاؤها بالأهلية المدنية الكاملة دون اشتراط الأهلية السياسية .

أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٦٥ ص ١٥٥ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٣٤ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٢/٥٩ص ١٨١ ، عزمى عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتى - ص ١٧٧ ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٦ ص ٧٢ " حيث يرى سيادته أنه لايوجد مايمنع أن يكون الأجنبى عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - طالما لم يرد فى الإتفاق على التحكيم مايمنع ذلك " ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٩٥ ، ١٩٦ ص ١٨٦ ومابعدها .

(١) أنظر :

GARSO[illegible]T : op. cit., N. 263. P. 531.

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد الم[illegible] - الكتاب الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٢/٣٩ص ١٨١ ، ١٨٢ .

كما أن الأجنبى يمكن أن يباشر الوظيفة العامة فى الدولة بصفة مؤقتة . وسكوت المشرع الوضعى فى هذا الشأن معناه أنه لم يجعل من الجنسية الوطنية شرطا لتولى مهمة التحكيم ، لأن المشرع الوضعى لو أراد حرمان الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من اختيار الأجانب كأعضاء فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - لربط تولى مهمة التحكيم بالتمتع بالحقوق السياسية ، ولكنه لم يفعل ذلك ، واشترط فقط الأهلية المدنية الكاملة فيمن يتولى مهمة التحكيم (١) .

وإذا كان المشرع الوضعى مؤيدا برأى غالبية فقه القانون الوضعى المقارن لم يجعل الجنسية الوطنية قيدا على حرية الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - فى مجال العلاقات الداخلية ، فإن هذه الحرية تتأكد - **ومن باب أولى** - فى مجال العلاقات الدولية الخاصة ، والذى تختلف فيه جنسيات الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وهو أمرا يمليه المنطق ويؤيده الواقع العملى .

فيستطيع الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى التحكيم الدولى - سواء كان النزاع فى الأصل من اختصاص محكمة وطنية ، أم من اختصاص محكمة أجنبية أن يختاروا أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى

---

(١) أنظر :

J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1961 . N . 68 . P . 80 .

وانظر أيضا : عزمى عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتى - ص ١٧٧ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٤٣ ص ٩١٧ .

النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشـــارطة** " - **كلـــهم أو بعضهم** - من الوطنيين ، أو من الأجانب [1] .

ذلك أنه وإن لم يرد في النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم في كـل من فرنسا ، ومصر مايجيز ، أو يمنع صراحة تحكيم الأجانب بين الوطنييـــن - **باستثناء نص المادة (٢/١٦) من قانون التحكيم المصرى رقـم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة ، والتـــي أجازت تحكيم الأجانب بين الوطنيين ، وساوت بين الوطنيين ، والأجانب من حيث جواز تعيينهم أعضاء في هيئة تحكيم ، للفصل في نزاع بين وطنييـــن** - إلا أنه وجريا وراء الفلسفة التي يقوم عليها نظام التحكيـم ، مـن اعتبـار أساس نظام التحكيم هو رضاء أطراف النزاع المراد الفصل فيه عن طريقـــه على عرضه على هيئة تحكيم ، للفصل فيه ، بدلا من عرضها على القضـاء العام في الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فـي جميـع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها - إلا ما استثنى** بنص قانوني وضعي خاص ، ومادفعهم إلى ذلك ، إلا ثقتهم فـي أشـخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وحسن عدالتهم ، ومقدار مايتمتعون به من قدرات في مجـال تخصصـهم جعلتهم أهلا للفصل فيها على نحو ملائم ، وبالسرعة المعقولة .

فتوافقا مع هذا الأساس الفلسفي لنظام للتحكيم ، نرى أنه لايشترط أن يكـون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - متمتعين بحقوقهم السياسية . بمعنى ، أنه مـن الجائز إختيار أطراف النزاع المراد الفصل فيه عن طريـق نظـام التحكيـم أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه - **كلهم** ، **أو بعضـهم** - يتمتعـون بجنسية ، أو جنسيات مختلفة عن جنسياتهم .

---

[1] أنظر : علي بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بنـــد ١٩٥ ، ١٩٦ ص ؟ ومابعدها .

كما نرى أن الرأى الذى تطلب أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - متمتعين بحقوقهم السياسية قد تناسى الأساس الفلسفى لنظام التحكيم ، واستند فقط على أن نظام التحكيم كنظام القضاء العام فى الدولة . ومن ثم ، لايجوز أن يتولاه أجانب .

فنظام التحكيم وإن كان قضاء ، إلا أنه ليس قضاء عاما مما تتولاه الدولة حتى يمكن القول بعدم جواز اختيار الأجنبى عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وإنما هو قضاء خاصا يقوم به أفراد عاديون ، أو هيئات غير قضائية . ومن ثم ، لاتعتبر هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قاضيا معينا من قبل الدولة ، وملزمة- بحكم وظيفتها - بالقيام بعملها ، ولاتخضع لشروط تعيين القاضى العام فى الدولة ، ولاتعد مرتكبة لجريمة إنكار العدالة ، إذا امتنعت عن القيام بعملها ، بعد سبق قبولها القيام به ، ولاتسأل الحكومة عن عملها .

إلا أن جانبا من أنصار الرأى القائل بجواز أن يكون الأجنبى عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وعدم اشتراط الأهلية السياسية فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يفضلون أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الوطنيين - دون الأجانب - إعتبارا منهم بأن نظام التحكيم قد أضحى فى مجتمعات اليوم موازيا للقضاء العام فى الدولة ، يسلكه الخصوم تحللا من أعباء التقاضى ، وإجراءاته ، ولكن هذا لم يمنع من اعتبار نظام التحكيم قضاء فى نزاع بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " وتصدر هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه حكمها فى خصومة التحكيم ، والتى

حدد قواعدها القانون الوطني ، وأشركت هذه القواعد القضاء الوطنـــي فـي مراحل كثيرة من خصومة التحكيم .

فهو – أي القضاء الوطني – يتدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكيـــم المكلفـة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " - كلهم ، أو بعضهم – إذا لم يتفق الأطراف المحتكمون " أطـــراف الإتفـاق على التحكيم " عليهم ، أو امتنع واحد منهم عن مباشرة مهمته ، بعد قبولها .

وكذلك ، لإضفاء القوة التنفيذية على حكم التحكيـــم الصـــادر فـي النـزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ونظر الطعون التي يمكن رفعها ضـــد حكـم التحكيم الصادر عندئذ .

وقد سار قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيـم في المواد المدنية ، والتجاريـــة فـــي ذات الإتجـــاه " المادتـــان (٢/١٦) ، (٢٥) " .

وكذلك ، الإتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي ، حيـــث نصـت المـادة الثالثة منها على جواز اختيار الأجانب أعضاء في هيئـــة التحكيـم المكلفـة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشـارطة – سواء كان النزاع في الأصل من اختصاص محكمة أجنبية ، أم كـــان مـن اختصاص محكمة وطنية .

كما أجاز النظام القانوني الوضعي السعودي أن يكون أعضاء هيئة التحكيـــم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من الوطنييـــن ، أو الأجانب المسلمين " المادة (٤ ل ت ن ت) " ، عملا بما درج عليـــه فقـه القانون الوضعي السعودي [١] .

---

(١) أنظر : محمود محمد هاشم – إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء – ص ١١١ .

كما أجاز القانون اليوناني للأجانب القيام بمهمة التحكيم ، حتى ولو كان النزاع وطنيا خالصا [1] .

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أنه : " **لم يرد في نصوص قانون المرافعات المصري مايمنع أن يكون التحكيم في الخارج على يد أشخاصا غير مصريين ، لأن حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريان بمحض إرادتيهما ، واتفاقهما تفويض أشخاصا ليست لهم ولاية القضاء أن يقضوا بينهما ، أو يحسموا النزاع بحكم أو بصلح يقبلان شروطه . فرضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم ، وكما يجوز لهما الصلح بدون وساطة ، فإنه يجوز لهما تفويض غيرهم في إجراء ذلك الصلح ، أو الحكم في ذلك النزاع ، وأن يكون المحكمون في مصر ، أو أن يكونوا موجودين في الخارج ، وأن يصدروا حكمهم هناك** " [2] .

بينما ذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعي المقارن إلى وجوب أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - متمتعين بحقوقهم السياسية . ولهذا ، فإنه

---

(1) أنظر :

A . FOUSTOUCOS : op . cit . , N . 156 . P . 106 .

وانظر أيضا : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٩٣ ص ١٨٥ .

(2) أنظر : نقض مدني مصري - جلسة ١٢/٤/ ١٩٥٦ - في الطعن رقم (٣٦٩) - لسنة (٢٢) ق - مجموعة المبادئ - س (٧) - ص ٥٢٢ ، ٥/٣/١٩٧٥ - في الطعن رقم (٤٥٠) - لسنة (٤٠) ق - مجموعة المبادئ - س (٢٦) - ص ٥٣٥ ، ١/٢/١٩٨٣ - في الطعن رقم (١٢٨٨) - لسنة (٤٨) ق - مجموعة المبادئ - س (٣٤) - ص ٣٧٥ ، ١٢/٢/١٩٨٥ - في الطعن رقم (١٩٦٥) - لسنة (٥٠) ق - مجموعة المبادئ - س (٣٦) - ص ٢٥، ١٠/٢/١٩٩٢ - في الطعن رقم (٤٠٣٢) - لسنة (٦٠) ق - منشور في : حسن الفكهاني - الموسوعة - ملحق رقم (١٠) - القاعدة رقم (١٧٣) - ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

لايجوز أن يكون الأجنبى عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . وأساس هذا الرأى ، هو اعتبار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قائمة بالقضاء - وإن كان قضاء خاصا - والقضاء لايجوز أن يتولاه أجانب [1] .

ذلك أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إنما تمارس قدرا من السلطة العامة ، فينبغى ليس فقط تمتع أعضاؤها بالأهلية المدنية الكاملة ، وإنما أيضا تمتعهم بالحقوق السياسية . وبما أن الأجنبى لايتمتع بأهلية مباشرة الحقوق السياسية ، فإنه لايصح أن يتولى مهمة التحكيم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " [2] .

وقد ظلت بعض القوانين الوضعية لاتجيز للأجانب تولى مهمة التحكيم بين الوطنيين - كالقانون الوضعى الإيطالى حتى عام ١٩٨٣ [3] .

ثالثا :

مدى جواز أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم

---

(١) أنظر :

GARSONNET : op . cit . , N 236 . P. 530 ; **GARSONNET** et **CEZAR – BRU** : op . cit. , T. 8 . N . 3040 ; Repertoire De Droit Pratique . N . 96 .

وانظر أيضا : الفقه الإيطالى المشار إليه فى : فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٤٣ ص ٩١٦ ، ٩١٧ .

(٢) أنظر :

GARSONNET : OP . CIT . , N . 263 . P . 531 .

(٣) أنظر :

G . RECCHIA : La nouvelle loi Italienne sur l'arbitrage . Rev . Arb . 1984 . P . 65 . specialement . P . 69 .

مشارطة " - كلهم ، أو بعضهم - من غير ذوى الخبرة فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ؟ :

ثار التساؤل حول مدى اشتراط أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عالمين بالقانون ؟ . وماإذا كان من حق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أن يتفقوا على تحكيم أى شخص ، ولو لم تكن لديه دراية بأحكام القانون - أى **جاهلا أحكام القانون** - لكى يفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولو كانت المسألة المطروحة عليه قانونية ؟ .

ذهب جانب من فقه القانون الوضعى المقارن - **وبحق** - إلى عدم اشتراط أن يكون أعضاء هيئة التحكم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عالمين بأحكام القانون ، ولو كانت المسألة المطروحة عليهم قانونية ، أو لهم خبرة فنية فى موضوع النزاع المعروض عليها . وبمعنى آخر ، عدم اشتراط أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم متخصصين فى المسألة المتنازع عليها ، والمعروضة عليهم ، للفصل فيها ، بحكم تحكيم يكون ملزما للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [1] .

---

(١) أنظر :

A . BERNARD : op . cit . , N . 250 . P . 153 .

وانظر أيضا : عبد الباسط جميعى / عزمى عبد الفتاح - الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ص ٢١٦ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٣ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - الرسالة المشار إليها - ص ١٨٦ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ١٥٤ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٣٥ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٣٢ .

فالأساس الفلسفي الذى يقوم عليه نظام التحكيم ، والمتمثل في أن الثقة في أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - وفى حسن عدالتهم ، هى فى الأصل مبعث الإتفاق على التحكيم . فقد يثق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى شخص ، أو أشخاص معينين ، ويرون قدرتهم على حل نزاعهم بالشكل الملائم بالنسبة لهم ، وبالسرعة المطلوبة ، ويطمئنون لقضائهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، بالرغم من أنهم قد لايكونوا خبراء ، أو متخصصين فى مجال النزاع المعروض عليهم ، للفصل فيه ، بحكم تحكيم ، يكون ملزما للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو ليسوا عالمين بالقانون ، بالرغم من أن المسألة المعروضة عليهم ، موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - هى مسألة قانونية .

فى حين ذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن إلى اشتراط أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - من ذوى الخبرة فى النزاع المعروض عليهم ، للفصل فيه بحكم تحكيم ، يكون ملزما للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

فأعضاء هيئة التحكيم المختارة للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وإن لم يكونوا من رجال القانون ، فإنه يجب - **على الأقل** - أن يكونوا متخصصين فى المنازعة التى يفصلون فيها ، أو أن تكون لهم خبرتهم بها ، والتى تغنيهم عن الإستعانة بالخبراء ، وهو مايحقق مصلحة مؤكدة للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " (١) .

---

(١) أنظر :

Dalloz Repertoire Pratique . T . I. N . 99 et s .

وقد ذهبت بعض الأنظمة القانونية الوضعيـــة . ومنــها ، النظــام القــانونى الوضعى السعودى إلى اعتماد هذا الرأى ، حيث نصت المادة الرابعـــة مــن نظام التحكيم السعودى على أنه :

" **يشترط فى المحكم أن يكـــون مــن ذوى الخـبرة ، حسـن السـير والسلوك** " .

كما نص فى ذلك على إعداد قائمة بأسماء المحكمين تخطــر بــها المحــاكم والهيئات القضائية ، والغرف التجارية ، والصناعية ، ويكون لـــذوى الشــأن إختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علــى التحكيم منها .

كما أن بعض الأنظمة القانونية الوضعية الأخرى قد أعدت جداول يـللمحكمين فى مختلف الفروع ، والتخصصات ، واستوجبت اختيار أعضاء هيئة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من بينهم [1] .

رابعا :

مدى جواز أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم - شـــرطا كـــان ، أم مشارطة - غير عالمين بقواعد القراءة ، والكتابة ؟ :

إختلف الرأى بشأن مدى جواز أن يكون أعضاء هيئة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـــارطة** - غير عالمين بقواعد القراءة والكتابة ؟ .

بالنظر إلى أن المشرع الوضعى قد أوجب كتابة حكم التحكيم الصــــادر فــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شـــرطا كـــان ، أم مشـــارطة** - وأن يشتمل على توقيعات أعضاء هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى أصدرته " المادتـــان (١٤٧٣) مـــن

---

[1] أنظر : محمود محمد هاشم - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - ص ١٢٢ .

مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، (١/٤٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية ، فهل يعنى ذلك ضرورة إلمام أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** - بقواعد القراءة والكتابة ؟ .

ذهب جانب من فقه القانون الوضعى المقارن - **وبحق** - إلى جواز أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - غير عالمين بقواعد القراءة ، والكتابة ، بشرط ألا يكونوا وحدهم فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بل ويجوز أن يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على تعيين أعضاء هيئة تحكيم ، تكلف بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - غير عالمين بقواعد القراءة ، والكتابة ، بشرط أن يعينوا شخصا آخر ، لمجرد كتابة حكم التحكيم الصادر فى النزع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والأوراق الازمة لمباشرة عملية التحكيم .

ويجوز أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم غير عالمين بلغة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فيحكمون من واقع الأوراق المقدمة إليهم ، ولو كانت مترجمة [1] .

---

(١) أنظر :

Dalloz Repertoire Pratique . N . 98 .

وانظر أيضا : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا - بند ٩٤٥ ص ٧٣٤ ، محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماه - المجلد الأول - ٩ ٤ ... العالمية بالقاهرة - ص ٣٩٧ الهامش رقم (٢) ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى ... ص ١٠٣ ، أحمد محمد مليجى موسى - تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - ص

فالقانون الوضعى وإن تطلب كتابة حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتوقيعه من أعضاء هيئة التحكيم التى أصدرته ، إلا أن ذلك لايعنى إشتراط إلمام أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بقواعد القراءة ، والكتابة .

كما أن من يجهل قواعد القراءة ، والكتابة يمكنه أن يستكتب غيره ، حتى وإن كان هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تتشكل من عضو منفرد .

فضلا عن أن الثقة ، والدراية الفنية قد تتوافر فيمن يجهل قواعد القراءة والكتابة ، أكثر من توافرها فى الملم بها .

فعدم اشتراط أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عالمين بقواعد القراءة هو مايتفق وفلسفة نظام التحكيم ، حيث أنه يقوم الإعتبارات الشخصية .

إذ أن الإعتبارات الشخصية لابد وأن تكون محل اعتبار فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

فأعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - هم أشخاصا يتمتعون بثقة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، قد عهدوا إليهم بمهمة الفصل فى نزاع ، يكون قائما بينهم ، أو سوف ينشأ عن تنفيذ ، أو تفسير العقد القائم بينهم ، والثقة التى تنبعث لدى الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عند اختيار أشخاص المحكمين ، للفصل منازعاتهم ، هى الأساس فى اختيارهم لنظام التحكيم ، بدلا من نظام القضاء العام فى الدولة ، بغض

---

١٨٦ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٦٥ ص ١٥٥ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٣٥ ، محمود محمد هاشم - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - ص ١١٣ ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٤/٥٩ ص ١٨٣ ، ١٨٤ .

النظر عن إلمام الأشخاص المختارين من قبلهم بقواعد القراءة ، والكتابة ، من عدمه . خاصة ، وأنه قد يكون الشخص الذى يجهل قواعد القراءة والكتابة لديه من الخبرة ، ورجاحة العقل مايفوق فى ذلك الشخص الملم بقواعد القراءة ، والكتابة ، مما يدفع أطراف الإتفاق على التحكيم لتفضيل اختيار الشخص الأول الجاهل بها ، على اختيار من يكون عالما بها .

ولكن يشترط لجواز تعيين من يكون جاهلاً بقواعد القراءة ، والكتابة عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ألا تكون هيئة التحكيم مشكلة من عضو منفرد . فإذا كان وحده فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يشترط أن يعين شخصا آخر ، لمجرد كتابة حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم والأوراق الازمة لمباشرة عملية التحكيم .

فى حين ذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن إلى اشتراط أن يكون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عالمين بقواعد القراءة ، والكتابة [1] لأن مهمة نظام التحكيم فى الفصل فى المنازعات بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " تستلزم فى القائم بها أن يكون عالما بقواعد القراءة ، والكتابة ، حتى يتمكن من الإطلاع على مستندات الخصوم وأوراقهم ، وكتابة حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتوقيعه ، وذكر أسبابه .

---

(١) أنظر :

ARSC[illegible]NET [illegible] CEZAR - BRU : op . cit . , T . 8 . N . 261 .

وانظر أيضا : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٩ ص ١٨٣ ، ١٨٤ .

وإذا كانت القوانين الوضعية - وعلى اختلاف مذاهبها ، واتجاهاتها - وفى النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم لم تقرر هذا الشرط ، فذلك لأنه يكون شرطا بديهيا ، يكون واجبا التحقق ، دون نص قانونى وضعى خاص .
ورأى جانب آخر من فقه القانون الوضعى المقارن أن هذا الخلاف غير ذى أهمية من الناحية العملية ، وأن المشرع الوضعى قد أحسن صنعا بعدم الخوض فى مثل هذه التفصيلات الصغيرة ، ليترك أمرها للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، فهم أقدر من غيرهم على تعيين من يرون أنه الأكفأ ، والأنسب بالنسبة لظروف كل نزاع على حدة ، وحجمه ومقدار مايثيره من مشاكل [1] .

خامسا :

مدى جواز اختيار القضاة المعينون من قبل الدولة كأعضاء فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة ؟ [2] :

---

(1) أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٨٩ ص ١٨١ .

(٢) فى دراسة القواعد التى تحكم اختيار القاضى العام فى الدولة عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : محمد العشماوى ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - بند ٢٤٤ ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٣٧٢ ص ٩٢٤ ، ٩٢٥ ، محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - ص ٧٤٨ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٦٥ ص ١٥٧ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٤ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ص ١١٢٦ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥/٥٩ ص ١٨٦ ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٠٨ ص ٢٠٠ ومابعدها .

من المسلم به أن الأطراف المحتكمين يستطيعون اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في نزاعهم من بين موظفي الدولة ، وعمالها .

إذ كثيرا مايتفق الأطراف المحتكمون على اختيار بعض مهندسي الحكومة كأعضاء في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ أو نشأت فعلا بين المقاولين ، وأرباب الأعمال . كما قد يكون عضوا في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من يكون من بين موظفي المحاكم - **كالمحضر ، والكاتب ، وغيرهم** [1] .

إلا أنه وبالنسبة لاختيار القضاة المعينون من قبل الدولة في فرنسا ، فقد اختلف فقه القانون الوضعي الفرنسي حول مدى جواز اختيارهم كأعضاء في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بين مؤيد ، ومعارض [2] ، إلا أن السادة

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختياري ، والإجباري - ط٥ - ١٩٩٨٨ - ص ٩٥٦ ، محمود محمد هاشم - إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء - ص ١١٤ ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥/٥٩ ص ١٨٤ .

(٢) في بيان هذا الخلاف ، أنظر :

GLASSON , TISSIER et MOREL : op . cit . , T . 2 . N . 1863 ; GARSONNET et CEZAR - BRU : op . cit . , T 8 . N . 361 ; BIOCHE : op . cit . , N . 214 . P . 486 ; GARSONNET : op . cit . , N . 261 et P . 526 et s ; A . BERNARD : op . ci . , N . 252 . P . 155 ; A . FOUSTOUCOS : op . cit . , N . 155 . P . 105 et N . 171 . P . 117 ; G . FLECHEUX : La comission arbitrale des Journaliste . Rev . Arb . 1964 . P . 34 , specialement : P . 43 ; J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1961 . N . 69 . P . 80 ed . 1993 . N . 118 . P . 97 ; B . GOLDMAN : Le debat sur les choix des arbitres . Rev . Arb . 1970 . P . 215 .

وانظر أيضا :

Agen . 5 Ja[illegible] 1925 . D . 1825 . 2 . 165 ; Dijon . 18Mai . 1892 . D . P . 1894 . [illegible] 8Juillet . 1955 . Rev . Arb . 1956 . 50 ; Paris . 2 Fev . 1961 . [illegible] 2 , 47 ; Cass . Civ . 26 Mai . 1852 . D . P . 1852 . 1 . 152 ; Cass . [illegible] Juillet . 1856 . D . P . 1856 . 1 , 405 ; Cass . Req . 25 AVR . 1854 . d . 1 . 250 ; Cass . Civ . 3 Mars . 1863 . D . P . 1863 . 1 . 225 .

(٢/١٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية قـد أجـازت اختيـارهم كأعضاء فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم ، والمفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق علـى التحكيم " .

فإذا كان الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " يملكون إعفاء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من التقيد بقواعد القانون الوضعى ، فإنهم يملكون الحق نفسه فـى القـانون الوضعى الفرنسى بالنسبة للقاضى العام فى الدولة ، فيعفونه من التقيد بقواعـد القانون الوضعى ، ويكون حكم التحكيم الصادر منه فى الـنزاع المعـروض عليه ، للفصل فيه عندئذ غير قابل للطعن عليه بالإسـتئناف ، إلا إذا اتفقـوا على غير ذلك [١] .

وقد أجاز فقه القانون الوضعى الفرنسى للأطـراف المحتكميـن " أطـراف الإتفاق على التحكيم " إختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من بين القضاة ، أو المستشارين ، بل ويجـوز لهم أن يختاروا القاضى العام فى الدولة - والمعروض عليه النزاع ، للفصـل فيه - للتحكيم فيه [٢] .

وانظر أيضا : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٩٧ ومايليـه ص ١٨٩ ومابعدها .

(١) فى دراسة أحكام المادة (٥/١٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، أنظر :

PIERRE HEBRAUD : Observations sur l'arbitrage Judiciaire . Art. 12 . 5 Nouveau Code de Procedure Civile . in melanges a GABRED MARTY . P. 635 et ss ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , edition . 1983 . P. 420 et s

وانظر أيضا : عزمى عبد الفتاح - أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى - ١٩٩١ - دار النهضة العربيـة بالقاهرة - ص ٢٧٩ ومابعدها .

(٢) أنظر :

كما قضى فى فرنسا بجواز تعيين القاضى الجزئى محكمـــا مصالحـــا بيـــن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فيكون حكم التحكيـــم الصادر منه عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشارطة** - غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعـــن المقـــررة قانونا لأحكام القضاء العام فى الدولة - **ومهما كانت قيمة النزاع الصادر فيه** - على الرغم من أن ولايته بوصفه قاضيا جزئيـــا تكـــون مقصـــورة علـــى دعاوى قضائية ذات طبيعة معينة ، وحكمـــه يكـــون قـــابلا للطعـــن عليـــه بالإستئناف ، إذا جاوزت قيمة الدعوى القضائية النصاب النـــهائى للمحكمـــة التى أصدرته [١] .

ولم يجز فقه القانون الوضعى الفرنسى تحكيـــم محكمـــة كاملـــة ، أو دائـــرة بأكملها ، أو تحكيم رئيس المحكمة ، والتحكيم يكون باطلا فى الحالتين ، على أساس أن الدائرة تصدر أحكاما قضائية لها كامل قوتها ، وحجيتها القضائيـــة ولاتعتمد فى تنفيذها على أى قرار آخر ، أو أمر ، فلايجوز لـــها أن تتحـــدر وتصدر حكم تحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايمكن تنفيـــذه إلا باستصدار أمرا ولائيا من قاضى الأمور الوقتية [٢] .

BERNARS (A .) : op . cit ., P . 251 ; MOREL RENE : op . cit ., P . 549. N . 722 ; CORNU : Le Juge arbitre . Colloque d'instits d'etude Judiciaires . Dijon . Oct . 1977 . Rev . Arb . 1980 . P . 373 et s .

(١) أنظر :

GARSONNET et CEZAR – BRU : op . cit ., T . 8 . N . 262 ; ALFRED BERNARD : L'arbitrage volontaire en droit prive . 1937 .

(٢) أنظر :

Dalloz – Nouveau Repertoire . N . 64 ; BERNARD (A .) : op . cit ., N . 252 . P . 155 , 56 ; BIOCHE : op . cit ., N . 214 . P . 486 ; GARSONNET : op . cit ., N . 262 . P . 528 et 529 ; MOREL : op . cit ., N . 722 . P . 549 ; J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1961 . N . 69 , P 80 .

ولم يجز القانون الوضعي المصرى - **كقاعدة عامة** - تحكيم القضاة المعينون من قبل الدولة ، ولو كان ذلك بغير أجر ، أو كان النزاع غير مطروح على القضاء العام في الدولة ، حيث أن المادة (٢/٦٣) من قانون السلطة القضائية المصرى رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ ، وتعديلاته المتلاحقة - **والتي كان آخرها القانون الوضعي المصرى رقم (١٣٥) لسنة ١٩٨٤** - وإن كانت لم تجز - **كأصل عام** - تحكيم القضاة المعينون من قبل الدولة [1] ، إلا أنها قد أوردت إستثنائين على هذا المبدأ ، حيث نصت على أنه :

" لايجوز بغير موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية أن يقوم القاضي أيا كانت درجته بالتحكيم ولو بغير أجر ، ولو كان النزاع غير مطروح أمام القضاء إلا إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه أو أصهاره لغاية الدرجة الرابعة بدخول الغاية ، أو كان أحد أطراف النزاع هى الدولة أو إحدى الهيئات العامة " [2] .

وانظر أيضا :

Cass . Req . 30Aout . 1813 . cite par : P . BELLET : OP . CIT . , P . 389 ; Paris . 2Fev . 1961 . D . P . 1862 . 2 , 47 .

(١) فى استعراض مبررات هذا الحظر ، أنظر : محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٣ ، ١٠٤ . حيث تتلخص هذه المبررات فى اثنين :

المبرر الأول :

أن نظام التحكيم يكون فى مقابل أتعاب ، والتى قد تكون مرتفعة ، مما يؤثر على استقلال القاضى العام فى الدولة ، وخضوعه لتأثير الأشخاص ذوى النفوذ ، والقدرة الإقتصادية .

والمبرر الثانى :

أنه يخشى أن يهتم القاضى العام فى الدولة بعمله كمحكم على حساب عمله كقاض عام فى الدولة .

(٢) فى تقييم نص المادة (٢/٦٣) من قانون السلطة القضائية ، والإقتراح بتعديله ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٠٩ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

فيجوز للقاضى العام فى الدولة ان يكون محكما - بأجر ، أو بغير أجر - إذا كان أحد أطراف النزاع من أقاربه ، أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة وبشرط أن يحصل على موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية . كما يجوز بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية ندب القاضى العام فى الدولة ليكون محكما عن الحكومة المصرية ، أو إحدى الهيئات العامة .

فيحظر أصلا تعيين القاضى محكما ، ولو بغير أجر ، حتى ولو لم يكن النزاع قد طرح على القضاء العام فى الدولة بعد ، إلا فى حالتين إستثنائيتين وهما :

الحالة الأولى :

إذا أجاز له مجلس القضاء الأعلى ذلك .

والحالة الثانية :

إذا كان أحد أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - قريبا للقاضى العام فى الدولة ، أو صهرا له لغاية الدرجة الرابعة :

فيجوز تحكيمه فى هذا النزاع ولو بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى شريطة أن يكون قريب القاضى العام فى الدولة خصما حقيقيا فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . فإذا لم يكن خصما أصليا فيه ، واختصم ، أو تدخل لمجرد تحليل تعيين القاضى العام فى الدولة محكما ، فإن الإتفاق على التحكيم عندئذ يكون باطلا بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، باعتبار أنه يمس النظام القضائى فى الد[illegible] (1) .

---

(1) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ [illegible] ١٩ - ص ١٥٧ ، عز الدين الناصورى ، حامد عكاز - التعليق على نصوص قانون المرافعات [illegible] ص ٢٦ [illegible] كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - ص ٧٤٨ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للت[illegible] المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٩/د ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

ويسرى هذا الحظر على أعضاء النيابة العامة ، عملا بالمادة (١٢٩) من قانون السلطة القضائية المصرى (١) .

ولايتطلب لإعمال النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم أن يكون جميع الخصوم من أقارب القاضى العام فى الدولة ، بل يكفى فقط أن يكون أحد أطراف الخصومة من أقاربه . كما أن المنع المتقدم يتصل بالقضاة والمستشارين ، ولايتصل بأعضاء النيابة العامة . فيجوز اختيار أعضاء النيابة العامة - **وعلى اختلاف درجاتهم** - كأعضاء فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** (٢) .

وقد كان يجوز اشتراك القضاة المعينون من قبل الدولة فى هيئات التحكيم فى منازعات القطاع العام ، بحيث يرأسون هذه الهيئات ، ويتقاضون مكافآت - **وفقا لقواعد محددة** - بموجب المادة (٦١) من القانون الوضعى المصرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٧١ - **والخاص بالتحكيم فى منازعات القطاع العام** - وذلك بطبيعة الحال قبل صدور قانون قطاع الأعمال العام المصرى رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام .

إشتراط وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عند تعددهم (٣) :

---

(١) أنظر : محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - ص ٧٤٨ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ١٥٥ .

إذا تعدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فإنه يشترط عندئذ أن يكون عددهم وترا ، واحدا - **أو ثلاثة ، أو خمسة ، أو سبعة وهكذا** [1] ، [2] .

فقد نصت المادة (١٤٥٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه

" **تشكل محكمة التحكيم من محكم واحد ، أو من عدة محكمين بعدد فردى** " .

ومفاد النص القانونى الوضعى الفرنسى المتقدم ، أنه يجب أن يكون عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وترا عند تعددهم ، سواء كان نظام التحكيم المختار من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو تحكيما بالقضاء " **تحكيما عاديا** " ، أم كان تحكيما مع تفويض هيئة التحكيم

---

(٣) فى دراسة مضمون الإلتزام بوترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند تعددهم ، والجزاء المترتب على مخالفته فى القانون الوضعى ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٢٦ ص ٢١٧ .

(١) من الملاحظ أن بعض المنازعات ذات الأهمية المحدودة قد يكفى بالنسبة لها تعيين محكما واحدا ، بحيث لاتتطلب تعدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيها ، ولكن هناك منازعات أخرى تكون أكثر تعقيدا . ومن ثم ، تتطلب أن يتعدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيها - كالمنازعات المتعلقة بالمعاملات البحرية . والمنازعات فى مجال التجارة الدولية ، أنظر :

DAVID RENE : op . cit . , P . 316 , 36 et s .

وانظر أيضا : محسن شفيق - دروس فى القانون التجارى - ص ١٣٧ ومابعدها .

(٢) فى دراسة قواعد نظام المحكم الفرد ، ونظام تعدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وتقييم كل منهما ، أنظر : مصطفى محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٢٦٨ ومابعدها .

المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم بـالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وسواء كان الإتفـاق على التحكيم قد تم في صورة شرط للتحكيم ، سـابقا علـى نشـأة الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أم كان قد تم في صـورة مشـارطة تحكيم لاحقة لنشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، تفاديا لضرورة الإلتجـاء إلى حكم مرجح فيما بعد ، - الإختلاف على تعيينه .

وتنص المادة (١٤٥٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية علـى أنه :

" إذا عين الطرفان المحكمين بعدد زوجـي ، فـإن محكمـة التحكيم تستكمل بمحكم يتم اختياره وفقا لما اتفق عليه الطرفان ، وأما إذا لم يوجد هذا الإتفاق بواسطة المحكمين المعينين ، وفي حالة عـدم اتفاقـهما يتم بواسطة رئيس المحكمة الكلية " .

ومفاد النص القانوني الوضعي الفرنسي المتقدم ، أنه يمكن الحديث عن ثلاثة فروض في حالة مخالفة الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشـارطة** - لقاعدة وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم عند تعددهم . **وهي :**

الفرض الأول :

شرضا إتفاقيا :

حيث أنه عند تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بعـدد زوجـي بواسطة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفـاق علـى التحكيـم** " ، فإنـها تستكمل عندئذ بعضو يتم اختياره وفقا لما اتفق عليه الأطراف المحتكمون فـي الإتفاق على التحكيم .

الفرض الثانى :

فرضا إتفاقيا ، ولكن بشكل غير مباشر :

حيث أنه إذا لم يوجد اتفاقا بين الأطــراف المحتكمين " **أطــراف الإتفاق على التحكيم** " بشأن استكمال هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - حتى يكون عدد أعضائها فرديا ، فإنها تستكمل عندئذ بواسطة أعضائـــها المعينين أصـلا بواسطة الأطراف المحتكمين فى الإتفاق على التحكيم .

والفرض الثالث :

ويتحقق عند عدم وجود اتفاقا بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لاستكمال هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضــوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - إذا كان أعضاؤها قد تــم تعيينهم بعدد فردى . وكذلك ، عند عدم اتفاق أعضاء هيئة التحكيم المعينيــن إبتداء بواسطة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، فــإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تستكمل عندئذ بواسطة رئيس المحكمة الكلية .

فطبقا لنص المادة (١٤٥٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، فــإن التحكيم لايكون باطلا عند مخالفة قاعدة وترية عدد أعضاء هيئــــة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند تعددهم ، وإنمـا تستكمل هيئة التحكيم عندئذ عن طريق اختيــار عضــوا - ســواء باتفــاق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيــم** " المباشــر ، أو غــير المباشر - وعند عدم تحقق ذلك ، فإنها تستكمل عن طريق رئيس المحكمـــة الكلية ، والذى يقوم بتعيين عضوا ، لاستكمالها ، عن طريق إصدار حكمـا

قضائيا ، يكون غير قابل للطعن عليه بأى طريق[1] .

ولم تشترط المادتان (٧٠٥) من مجموعة المرافعات المصرية الأهلية (٧٩٤) من مجموعة المرافعات المصرية المختلطة وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عند تعددهم ، إلا فى حالة واحدة ، وهى حالة تفريض أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وأنهوا النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **والذى عرض عليهم ، للفصل فيه بدلا من القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص** - فعلا بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . أما إذا كان أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم **مشارطة** - مفوضين بالحكم ، وبالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " وفصلوا فيه بالحكم ، فليس من الازم عندئذ أن يكون عددهم وترا .

---

[1] أنظر :

RENE DROUILLAT : L'intervention du juge dans la procedure arbitrale . Rev . Arb . 1980 . 2 . P . 238 et s ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 454 . P . 372 ; DORMINIQUE FAUSSARD : L'arbitrage en droit administratif . Rev . Arb . 1990 . 1 , P . 3et s ; J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1993 . N . 130 . P . 106 , 107 . N . 242 . P . 211 .

وانظر أيضا : **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٣٢ ، ٢٣٣ ص ٢٢٥ ومابعدها .

ومن ثم ، كان يجوز للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " الإتفاق على أن يكون عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - زوجيا - كاثنين أو أربعة مثلا - فإذا انقسمت آراؤهم عند الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، واستلزم الأمر تعيين محكما مرجحا ، فإن طريقة تعيين هذا المحكم المرجح تختلف بحسب ماإذا كان أعضاء هيئة التحكيم الأصليون مفوضين من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالحكم بينهم ، مع اشتراط عدم إستئناف حكم التحكيم الصادر منهم عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو مفوضين من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالحكم بينهم ، مع عدم اشتراط شيئا بخصوص استئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو بشرط استئنافه .

فإذا كانوا مفوضين بالحكم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، مع اشتراط عدم استئناف حكم التحكيم "صادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - كانت الثقة فيهم كبيرة ، وصح أن تسند إليهم مهمة تعيين المحكم المرجح " **المادتان (٧٩٥) من مجموعة المرافعات المصرية المختلطة ، (٧٠٦) من مجموعة المرافعات المصرية الأهلية** " .

أما إذا كان استئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - جائزا ، فإنه لايصح عندئذ أن يسند إلى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تعيين المحكم المرجح ، ويكون أمر تعيينه إلى الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أنفسهم .

فإذا لم يتفق المحكمان الأصليان على اختيار المحكم المرجح لحالة الأولى ، أو لم يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** "

على تعيينه في الحالة الثانية ، فإنه يوكل أمر تعيينه إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " – **لو لم يوجد اتفاقا على التحكيم** – بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل بتعيينه (١) .

ويعنى ذلك أنه – **وفي ظل مجموعة المرافعات المصرية السابقة** – كان لايترتب أى بطلان على مخالفة قاعدة وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – عند تعددهم ، في نظام التحكيم بالقضاء " **التحكيم العادى** " (٢) .

أما الجزاء على مخالفة قاعدة وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة

---

(١) أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – بند ٩٤٤ ص ٧٢٣ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات في التشريع المصرى ، والمقارن – بند ٢٤٧ ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، رمزى سيف – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية – بند ٦٧ ص ٧٣ ومابعدها ، عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ في المواد المدنية ، والتجارية – بند ١٣٦٨ ص ٩٢١ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – بند ١٧٢ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية ، والتجارية – بند ١٦٠ ص ١٨٦. حيث أشار سيادته إلى حكم محكمة النقض المصرية – الدائرة المدنية – الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩٤٤ – مجموعة القواعد القانونية – الجزء الرابع – ص ٣٦٣ ، والذى يؤكد المعنى الخاص بعدم اشتراط وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – عند تعددهم ، في ظل مجموعة المرافعات المصرية السابقة ، إلا إذا كان أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مفوضين بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، وأنهوا النزاع فعلا بالصلح ، وراجع كذلك الأحكام المشار إليها في هذا المعنى في : حسن الفكهاني – الموسوعة – الجزء الرابع – ص ٥٤ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية ص ١١٢٦ ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٣٤ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم بالقضاء ، وبالصلح – بند ٦٨ ص ١٥٤ .

بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عند تعددهم - والمنصوص عليها فى المادة (٧٠٥) من مجموعة المرافعات المصرية الأهلية ، بخصوص نظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - فهو بطلان الإتفاق على التحكيم ذاته - والمبرم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

ومن ثم ، بطلان حكم التحكيم الصادر عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] ، وحتى إذا لم يكن عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وترا ، وفصلوا فيه ، فإن حكم التحكيم الصادر فيه عندئذ لايكون باطلا [2] .

ومع ذلك ، فقد كانت التفرقة التى أقامتها مجموعة المرافعات المصرية المختلطة ، ومجموعة المرافعات المصرية الأهلية بين نظام التحكيم بالقضاء

---

(١) أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٣٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٣٤/١٢/٢٠ - المحاماه المصرية - ١٥ - رقم (٨٦) - ص ١٨٠ ، ١٩٤٤/٥/١١ - المحاماه المصرية - رقم (١٥٦) - ص ٣٦٠ ، حكم محكمة مصر الإبتدائية الأهلية - الصادر فى ١٩٣١/٥/١٧ - المحاماه المصرية - ١١ - رقم (٤٣٣) - ص ٨٧٦ ، حكم محكمة إستئناف مصر - فى ١٩٣٢/١٢/٢٥ - المحاماه المصرية - ١٣ - رقم (٤٩٧) - ص ١٠٠٥ ، حكم محكمة بنا الجزئية - الصادر فى ١٩٣٣/١٠/٢٤ - المحاماه المصرية - ١٤ - رقم (٧٠) - قسم ثان - ص ١٥٠، حكم محكمة إستئناف مختلط - الصادر فى ١٩٣٥/١١/٢١ - المحاماه المصرية - ١٧ -رقم (١٨٠) - ص ٣٥٥ ، حكم محكمة منوف الجزئية - الصادر فى ١٩٤٤/٢/٢٠ - المحاماه المصرية - رقم (١٠٤) - ص ٢٨٤ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٤٤/٥/١٢ - مجموعة القواعد القانونية - الجزء ... ص ٣٦٣ . مشارا لهذا الحكم القضائى لدى : رمزى سيف - الإشارة المتقدمة .

" التحكيم العادى " ، ونظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، ، أم مشارطة - بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، بخصوص إشتراط وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند تعددهم محلا لانتقاد فقه القانون الوضعى المصرى آنذاك ، لأن فى إجازة إختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بعدد زوجى قد يتسبب فى وجود نصوص قانونية وضعية ، وإجراءات طويلة لامعنى لها ، لتعيين المحكم المرجح ، عند انقسام أعضاء هيئة التحكيم الأصليين ، ثم استبداله إذا امتنع عن العمل . وأنه من الأنسب - منعا لإضاعة الوقت - أن يشترط المشرع الوضعى المصرى وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عند تعددهم منذ البداية ، وفى جميع الحالات ، قياسا على مايكون معمولا به أمام المحاكم فى مصر [١] .

أما مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ ، فإنها قد ساوت بين نوعى التحكيم " نظام التحكيم بالقضاء " التحكيم العادى " ، ونظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " بخصوص اشتراط وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند تعددهم " المادة (٨٢٣) " ، بحيث يشترط وترية عدد

---

[١] أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا - بند ٩٤٤ ص ٧٣٣ ، عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ٩٢١ - الهامش رقم (٢) ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - بند ٢٤٧ ص ٢٩٩ .

أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند تعددهم فى نوعى التحكيم على السواء ، تخلصا من ضرورة الإلتجاء فيما بعد إلى محكم مرجح ، والإختلاف على تعيينه .

وقد رأى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى آنذاك أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - يكون باطلا بطلانا مطلقا ، عند مخالفة قاعدة وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - عند تعددهم ، لتعلقها بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، وذلك فى نظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

أما فى نظام التحكيم بالقضاء " **التحكيم العادى** " ، فإنه إذا تشكلت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - بعدد زوجى ، وفصلت فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإن حكم التحكيم الصادر منها عندئذ لايكون قابلا لأية بطلان استنادا إلى موقف محكمة النقض المصرية فى ظل مجموعة المرافعات المصرية الأهلية ، والذى اعتبر أن وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - عند تعددهم لاتجب إلا إذا كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وأنهت النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **والذى عرض عليها للفصل فيه** - فعلا بالصلح (١) .

فى حين رأى جانب آخر من فقه القانون الوضعى المصرى أن اعتماد الرأى المتقدم يؤدى - **ومن الناحية القانونية** - **إلى إلغاء أى أثر** لتسوية التى

(١) انظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - ١٩٦٤ - منشأة المعارف بالإسكندرية - بند ٦٨ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

جاءت بها المادة (٨٢٣) من مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ بين نوعى التحكيم " **نظام التحكيم بالقضاء " التحكيم العادى " ، والتحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "** ، بخصوص وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند تعددهم ، لتصبح هذه المادة دون أى مضمون حقيقى [١] ، [٢] بينما كانت المادة (٢/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم **(١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية -** تنص على أنه :

" **إذا تعدد المحكمون وجب فى جميع الأحوال أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا** " [٣] .

---

[١] أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٣٦ ص ٢٣١١ .

[٢] فى دراسة موقف مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ من اشتراط وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عند تعددهم ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٨١ ص ٧٧ ، ٧٨ ، بند ٢٣٥ ، ٢٣٦ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ .

[٣] فى دراسة القواعد القانونية التى تحكم نظام المحكم المرجح فى فرنسا ، فى ظل نص المادة (١٠١٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة ، أنظر :

GLASSON : op . cit ., 1936 , 1837 . P . 375 et s ; BERNARD : op . cit . , N . 452 et s . P . 263 et s ; MOREL : op . cit . , N . 730 . P. 553 et s ; CARSONNET : op . cit . , N . 287 . P. 576 , 577 ; J . ROBERT : Arbitrage civile et commerciale . Droit interne . Droit international prive . ed . 1961 . N . 178 et s . p . 182 et s : Cinquieme edition . edition Dalloz . 1983 . N . 130 , P . 110 , 111 .

وقد وضعت قاعدة وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - عند تعددهم بذلك حدا للإشكالات التى كانت تنجم عن الصعوبات التى كان يثيرها تكوين الأغلبية ، عند تشعب آراء أعضاء هيئة التحكيم الكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فقد ينقسم أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى أكثر من رأى ، ولايحوز أى منهم الأغلبية - **كما إذا كانوا ثلاثة ، وكان لكل منهم رأيا يختلف عن رأى الآخرين** - وهذه الصعوبات التى كان يثيرها تكوين الأغلبية عند تشعب آراء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - كان يتم التغلب عليه في ظل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة بواسطة نظام المحكم المرجح " **المادة (١٠١٨)** [١] .

وانظر أيضا : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٢٧ ومايليه ص ٢١٨ ومابعدها .

(١) فى دراسة أحكام المادة (١٤٥٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، والتى تشترط وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عند تعددهم ، والجزاء المترتب على ذلك ، أنظر :

P . H . FOUCHARD : Debats ..Rev . Arb . 1980 . P . 628 et 629 ; constitution du tribunal arbitral . J . CI . Proc . Civ . Fasc . 1066 – 1 – N . 34 ; DE BOISSESON : op . cit ., N . 109 . P . 91 , 92 , N . 454 . P . 372 ; J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1993 . N . 130. P . 107 . N . 242 . P . 211 ; G . CORNU : Debats sur presentation de la reforme du droit de l'arbitrage . Rev . Arb . 1980 . P . 627 ; P . LEVEL : De la reforme de l'arbitrage interne a la prochaine reforme de l'arbitrage international . J . C . P . ed . C . I . 19[illegible] 1 . 9[illegible] . N . 16 ;,

كما تنص المادة (٢/١٥) من قانون التحكيم المصـــرى رقـم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا ، وإلا كـان التحكيـم باطلا** " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، هو إرساء مبـدأ إخضـاع كيفية تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـاق علـى التحكيم - **شرطا** كان ، أم **مشارطة** - لإرادة الأطراف المحتكمين " **أطـراف الإتفاق على التحكيم** " .

ويمكن أن تتكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفـاق على التحكيم من شخص واحد ، أو من عدة أشـخاص . وعندئـذ ، يتدخـل المشرع الوضعى المصرى بنص قانونى وضعى آمر ، ليسـتلزم أن يكـون عدد أعضائها وترا .

فإذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " علـى تعـدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا** كان ، أم **مشارطة** - دون تحديد عددهم ، كان عددهم ثلاثة .

وإذا حددوا عددا أكبر من ذلك ، لزم أن يكون وترا ، وإلا بطل الإتفاق علـى التحكيم . وبطبيعة الحال ، يستطيع الأطراف المحتكمون " **أطـراف الإتفـاق على التحكيم** " تصحيح الأمر ، وتعديل تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بـالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على نحو يتسـق ، ونـص المـادة

وانظر أيضا : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٣٢ ، ٢٣٣ ص ٢٢٥ ومابعدها .

(٢/١٥) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فــى شــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] .

وشرط وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفــة بــالفصل فــى الــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند تعددهم يجب توافره فــى الإتفــاق علــى التحكيم أيا كانت صورته - شرطًا كان ، أم مشارطة - وأيا كان نوع التحكيم المتفق عليه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيــم** " - **أى سواء كان تحكيما بالقضاء** " **التحكيم العادى** " ، **أم تحكيما مع تفويض هيئــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيــم بــالصلح بين الأطراف المحتكمين** " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ومخالفة قاعدة وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفــة بــالفصل فــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطًا كــان ، أم مشــارطة** - عنــد تعددهم فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســنة ١٩٩٤ فــى شــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - **وفى كل من نظام التحكيم بالقضــاء " التحكيم العادى " ، ونظام التحكيم مع تفويــض هيئــة التحكيــم المكلفــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بــالصلح بيــن الأطــراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم** " - تؤدى إلى بطلان الإتفاق علــى التحكيم بطلانا مطلقــا ، متعلقــا بالنظــام العــام فــى القــانون الوضعــى المصرى [٢] .

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٣٥ ص ٧١ .

(٢) أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشــار إليــها - بنــد ٢٠٧ ومابعدها .

ومن ثم ، فإن حضور الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم أو الإدلاء بطلبات موضوعية ، أو دفوعا أمامها ، لايصحح هـــذا البطـــلان المطلق المتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، كما لايصححــه نزول الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " مقدما عن الطعن فى حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيـــم ، أو التمسك ببطلانه .

فمع كل ماتقدم ، يملك هؤلاء التمسك ببطلان حكم التحكيم الصادر عندئذ فـــى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [١] .

أما إذا صدر حكم التحكيم من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم بالإجماع ، فلايكون هناك محلا للقضاء ببطلانه ، لتحقق الغاية مـــن شكل الإجراء ، ولانتفاء تخلف أية مصلحة للخصوم ، فى كـــل مـــن نظـــام التحكيم بالقضاء " **التحكيم العادى** " ، ونظام التحكيم مع تفويض أعضاء هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بيـــن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

وقاعدة وترية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - عند تعددهم ، تيسر بذلـــك تكوين الأغلبية فى الرأى عند انقسام آرائهم ، وبذلـــك ، يســـتغنى المشـــرع الوضعى المصرى ، والفرنسى المقارن عن الأحكام التى وردت فى بعـــض القوانين الوضعية ، والخاصة باختيار المحكم المرجح ، إذا كان عدد أعضـــاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم شـــفعا وانقسمت آرائهم .

---

(١) انظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبـــارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بنـــد ٦٧ ص ١٦٠ ، ١٦١ .

هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم شفعا وانقسمت آرائهم (١) .

قبول هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لمهمة التحكيم ، كشرط لالتزامها بالقيام بها :

إذا اختير شخصا عضوا فى هيئة تحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، **أم مشارطة** - فإنه يجب لكى يلتزم بالقيام بمهمة التحكيم أن يكون قد قبل القيام بها كتابة . كما يجب عليه أن يكشف عن أية ملابسات ، أو ظروف تشكك فى استقلاله ، أو حيدته ولايتولى مهمة التحكيم ، إلا إذا قبل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ذلك ، بعد علمهم بما أعلنه .

فلايجبر أحدا على قبول مهمة التحكيم . بمعنى ، أن من يختار عضوا فى هيئة تحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان**

---

(١) فى دراسة مضمون الإلتزام بولرية عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عند تعددهم ، والجزاء المترتب على مخالفته فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد - التنفيذ علما ، وعملا - بند ٩٤٤ ص ٧٣٣ ، عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١٣٦٨ ، ١٣٦٩ ص ٩٢١ ، ٩٢٢ ، محمد ، وعبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - بند ٢٤٧ ص ٢٩٩ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - بند ٦٨ ص ١٥٤ ، ١٥٥ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٦٠ ص ١٨٦ ، عزمى عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتى - ص ١٨٠ ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٢٣٤ ومايليه ص ٢٢٨ ومابعدها .

أم مشارطة - لايكون ملزما بأن يتولى مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، بل يكون مخيرا بين قبولها ، أو الإمتناع عن القيام بها (١) ، (٢) .

وعلى هذا المعنى نصت المادة (١/١٤٥٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" لاتستكمل محكمة التحكيم تشكيلها إلا إذا قبل المحكمون المهمة المعهود بها إليهم " .

بينما كانت المادة (١/٥٠٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - تنص على أنه :

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit del'arbitrage . N . 187 , P . 141 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٧٢ ص ١٧١ ، ١٧٢ ، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٣٧ ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٦٠ ص ١٨٦ ، فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ط٣ - ١٩٩٣ - بند ٤٢ ص ٩١٥ ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٤١ .

(٢) أنظر :

Dalloz Repertoire pratique . N . 192 et s ; JEAN - ROBERT : Arbitrage civile et commercial . Droit interne . Droit international prive . cinquieme edition . edition . Dalloz . 1983 . N . 134 . P . 113 , 114 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى والإجبارى - ط ٥ - ١٩٨٨ بند ١٧٣ ص ١٧٣، أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - الرسالة المشار إليها - ص ٤٣٧ .

" يجب أن يكون قبول المحكم بالكتابة ، ولايجوز له بعد قبول التحكيم أن يتنحى بغير سبب جدى ، وإلا جاز الحكم عليه للخصم بالتعويضات " .

وتنص المادة (٣/١٦) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته " .

والكتابة المتطلبة عندئذ تكون مشروطة لإثبات قبول أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** – لمهمة التحكيم المعروضة عليهم ، فهى ليست ركنا من أركانه وإنما هى فقط تكون لازمة لإثباته .

ولهذا ، فإن قبول أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة – لمهمة التحكيم يمكن أن** يتم إثباته بالكتابة ، أو بما يقوم مقامها فى الإثبات – **كالإقرار ، أو اليمين الحاسمة .**

ولم يحدد شكلا معينا لهذه الكتابة ، فمن الجائز أن تثبت فى صلب الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – أو أن تتم فى صورة خطابات يرسلها أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ومن الجائز أن يكون ذلك معاصرا للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – **أو بعد قيام خصومة التحكيم أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى** النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى بند ٣٦ ص ٧٢ .

ويجوز أن يكون قبول أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لمهمة التحكيم صريحا ، أو ضمنيا (١) .

فإذا كان من الواجب أن يكون قبول هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لمهمة التحكيم ثابتا بالكتابة ، حتى يتفادى كل نزاع قد ينشأ في المستقبل بصدد حصول هذا القبول ، أو عدم حصوله .

وإذا كانت البينة ، أو القرائن لاتكفى لإثبات قبول هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - لمهمة التحكيم ، فإن الشروع في القيام بها من جانبهم ، أو القيام بها بالفعل ، يقطع في الدلالة على قبولهم لها (٢) ، ويكون من الجائز إثبات قبول أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لمهمة التحكيم بالإقرار ، أو اليمين الحاسمة (٣) .

---

(١) أنظر :

EMIL – TYAN : op . cit ., P . 122 et s .

وانظر أيضا : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ في المواد المدنية ، والتجارية – ص ٨٣٧ .

(٢) في استعراض التطبيقات القضائية بشأن قبول أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – لمهمة التحكيم ، وأثره ، أنظر : عبد الحميد المنشاوى – التحكيم – ص ٩٥ ومابعدها .

(٣) أنظر :

EMIL – TYAN : Le droit de l'arbitrage . P . 122 et s ; LEVEL : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . V , 1ev cah ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit. , N . 202 . P . 156 .

وانظر أيضا : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ في المواد المدنية ، والتجارية – ص ٨٣٧ ، أحمد نشأت – رسالة الإثبات – الجزء الثاني – ١٩٧٢ – دار الفكر العربي بالقاهرة – ص

وتنص المادة (٢/١٤٥٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" يجب على المحكم الذى يجد فى نفسه سببا من أسباب الرد أن يخبر به الخصوم . وفى هذه الحالة ، لايجوز له قبول مهمة التحكيم إلا بموافقة جميع الخصوم " .

كما تنص المادة (٣/١٦) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ..... يجب على المحكم أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته " .

ومفاد النصين القانونيين المتقدمين ، أنه يجب على من يختار عضوا فى هيئة تحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم **مشارطة** - أن يخبر الأطراف المحتكمين **" أطراف الإتفاق على التحكيم "** بطبيعة العلاقات ، أو الروابط التى تربطه ، أو كانت تربطه بأحدهم ، إذا كان من شأنها أن تثير الشكوك حول استقلاله ، أو حيدته [1] ، وهذا الإخبار ، أو الإعلان يعلق موافقته النهائية على مهمة التحكيم ، إنتظارا لرد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، والذين يملكون عندئذ تقدير مدى تأثير ماأعلنه على نزاهته ، أو استقلاله ، أو حيدته . كما أنه يحث الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** "على تحديد موقفهم

---

١٢٨ ، محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ١٠٠ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٧٣ ص ١٧٣ .

(١) والأهمية العملية لهذا الإجراء ، هى تفادى إجراءات الرد التى يلجأ إليها الخصوم أثناء سير إجراءات خصومة التحكيم ، وهو مايشكل عقبة حقيقية تعرقل السير الطبيعى لها . أنظر :

J . ROBERT : op . cit ., N . 136 . P. 115 .

تجاه ماأعلنه ، ليس بطلب رده ، وإنما فقط بإعلان الموافقة ، أو عدم الموافقة على شخصه . وعندئذ ، نكون أمام أحد فرضين :

الفرض الأول :

إما أن يوافق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق علـــى التحكيـم " على شخصه :

وعندئذ ، يستطيع أن يقبل مهمة التحكيم التى عرضت عليه من قبـل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، ولايجوز لأحدهـم أن يعود بعد الموافقة عليه ، ويطلب رده لسبب ، أو لواقعة أعلنها - وفى حدود هذا الإعلان .

والفرض الثانى:

أن يعترض أحد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيـم " على شخصه :

وعندئذ ، لايستطيع أن يقبل مهمة التحكيم المعروضة عليه من قبـل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، وينتهى دوره عند هذا الحد . وفى أغلب الأحيان ، سيقوم الطرف المحتكم " الطرف فـــى الإتفـاق على التحكيم " الذى عينه بإعادة تعيين عضوا فى هيئـــة التحكيـم المكلفـة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـارطة - بدلا منه .

ولم ترتب المادتان (١٤٥٢/٢) من مجموعـــة المرافعـات الفرنسـية الحالية ، (٣/١٦) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية أى جزاء على مخالفة من يختـار عضوا فى هيئة تحكيم ، للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم - شرطا كان ، أم مشارطة - لواجب إفصاحه عند قبولـه لمهمـة التحكيـم - والمعروضة عليه من قبل الأطراف المحتكميـن " أطـراف الإتفـاق علـى

التحكيم " – عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله ، أو حيدته . ويرى جانب من فقه القانون الوضعي المقارن [1] – وبحق – أن إمتناع من يختار عضوا في هيئة تحكيم ، للفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – عمدا عن الإفصاح عن سبب ، أو واقعة تبرر رده – ورغم علمه بذلك – يعد خطأ من جانبه في حق الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، ويمكنهم من الإستناد إليه لمطالبته بالتعويض ، إذا سبب ذلك ضررا لهم [2] .

---

(١) أنظر :

J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1993 . N . 137 .

والنظر أيضا : عزمي عبد الفتاح – إجراءات رد المحكمين في قانون المرافعات الكويتي – مقالة منشورة في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق – جامعة الكويت – السنة الثامنة – العدد الرابع – ديسمبر سنة ١٩٨٤ – ص ٢٥٦ ، علي بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٤٠ ص ٢٣٥ .

(٢) حول نطاق التزام من يختار عضوا في هيئة تحكيم ، للفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – بإعلان الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عما يشكك في استقلاله ، ونزاهته ، وحيدته ، وهل يقتصر على الحالات التي يتمكن بسببها طلب رده ؟ . أم يمتد ليشمل كافة الظروف ، والوقائع التي تشكك في استقلاله ، ونزاهته ، وحيدته ... ولو لم تشكل سببا لرده ؟ . أنظر : علي بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ... وما بعدها .

المبحث الثالث

تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق علــى التحكيم ـ شرطا كان ، أم مشارطة -- فى القانون الوضعى الفرنسى [1]

أوردت مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية نصين قانونيين ، وهما :

النص القانونى الأول :

يتعلق بشرط التحكيم " المادة (١٤٤٣) " .

والنص القانونى الثانى :

يتعلق بمشارطة التحكيم " المادة (١٤٤٨) .

فتنص المادة (١٤٤٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنـــه : " يتطلب لصحة شرط التحكيم أن يكون ثابتا بالكتابة وأن يدرج فى الإتفـــاق الرئيسى ، أو فى وثيقة يشير إليها هذا الإتفاق ، كما يشترط لصحة الشــرط

---

[1] انظر :

BIOCH : op . cit . , N . 163 . P . 477 ; GARSONNET : op . cit . , N . 242 . P . 488 ; GLASSON : op . cit . , N . 1810 . P . 326 ; BERNARD : op . cit . , N . 87 . P . 56 ; JOSPH IVIONESTIER : Le moyen d'ordre public . These . Toulouse . 1965 . T . 3 ,

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 26 JUILL . 1893 . S . 1894 . 1 . 215 ; Cass . Req , 21 Juin . 1904 . S . 1906 . 1 . 22 ; Cass . Req . 8 Dec . 1914 . D . P . 1916 . 1 . 194 .

أيضا أن يتضمن تعيين المحكم أو المحكمين بذواتهم ، أو بيانا بتفصيلات تعيينهم " .

ومفاد النصين القانونيين المتقدمين ، ضرورة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أو على الأقل بيانا بكيفية تعيينهم .

فالمادة (١٤٤٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية تتطلب لصحة شرط التحكيم أن يكون ثابتا بالكتابة ، وأن يدرج فى الإتفاق الرئيسى ، أو فى وثيقة يشير إليها هذا الإتفاق . كما يشترط لصحة شرط التحكيم كذلك أن يتضمن تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم فيه بذواتهم ، أو بيانا بكيفية تعيينهم [1] .

كما تتطلب المادة (١٤٤٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية لصحة مشارطة التحكيم تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع مشارطة التحكيم فيها ، أو بيانا بكيفية تعيينهم .

المقصود بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :

كانت المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة تنص على أنه :

" مشارطة التحكيم Le comprpmis يجب أن تتضمن أسماء Les nomes المحكمين ، وإلا كان التحكيم باطلا " .

---

(١) أنظر :

Cass [illegible] 11 . Gaz . Pal . 1936 . 2 . 942 ; Cass . Com . 30 Mars . 1949 . S . [illegible] 9 .

ومفاد النص القانوني الوضعي الفرنسي المتقدم ، أنه كان من الواجب تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم في مشارطة التحكيم ، وإلا كانت باطلة بطلانا نسبيا ، يزول باختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بعدئذ (١) .

فإذا لم يعين الأطراف المحتكمون أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأسمائهم ، ولابصفاتهم المميزة لشخصياتهم ، أو لم يعهدوا بهذه المهمة إلى شخص محدد - طبيعيا كان ، أم معنويا - أو كان البيان الوارد بشأن أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم غامضا ، أو غير كاف لإمكان تحديدهم فإن كل ذلك يؤدى إلى بطلان مشارطة التحكيم ، ولكن هذا البطلان لايعد من النظام العام في القانون الوضعي الفرنسي ، ويصححه قيام الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " فيما بعد بتسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وحضور الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " أمامهم .

وينطبق نفس الحكم المتقدم في حالة وجود شك في شخصية من يختار عضوا في هيئة تحكيم ، للفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا ماقام الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " بالحضور أمامه بعد ذلك ، دون تحفظ (٢) .

---

(١) أنظر :

J . ROBERT : L'arbitrage . 3e ed . Sirey . 1961 . N . 39 . P . 59 .

(٢) أنظر :

Dalloz – Nouveau Repertoire De Droit . N . 60 et s ; Dalloz Encyclopedie Juridique . N . 91 et s ; JEAN – ROBERT : Arbitrage . Troisieme edition . edition Sirey . N . 38 et s . P . 56 et s ; Cinquieme edition . edition .

فأطراف الإتفاق على التحكيم يمكنهم عند توقيع شــرط التحكيــم ، أو بعــده الإتفاق شفهيا على أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضــوع الإتفاق على التحكيم ، وتقديم طلبا إليهم لمباشرة مهمـــة التحكيــم ، بحيــث يتممون بذلك النقص الذى يشوب الإتفاق على التحكيم ، ويتفـــادون بطلانــه بموافقتهم على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى النـزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، من خلال إبرامهم لـــهذا الإتفـــاق الاحـــق . ويكون بطلان الإتفاق على التحكيم المترتب على عدم تعيين أعضـــاء هيئــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فـــى شـــرط التحكيم فى هذا الفرض بطلانا نسبيا ، حيث أنه لايدفع به ، ولايستطيع إثارته سوى الطرف فى التحكيم الذى يدعى عندئذ وجود شرطا للتحكيم ، خاليا مـــن تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـاق على التحكيم (١) .

ومع ذلك ، فقد قررت محكمة النقض الفرنســـية فـــى حكميـن قضـــائيين متعاقبين ، وهما :

الحكم القضائى الأول :

1983 . N . 1101 et s . P . 58 et s ; JEAN – VINCENT : Procedure civile . Huitieme edition . 1972 . Dalloz . N . 814 et s . P . 1043 et s ; JEAN – VINCENT et SERGE GUINCHARD , GABRIEL MONTAGNER , ANDRE VARIANNARD : La Justic et ses institutions . Dalloz . 1991 . P . 27 et s .

وانظر أيضا : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٢٠٩ ومايليه ص ٦٥٩ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصـــة – الرسالة المشار إليها – ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليـــها – بند ٦٦ ومايليه ص ٦٥ ومابعدها .

(١) أنظر :

JE[illegible] ROBERT : Arbitrage . Troisieme edition . edition Siery . 1961 . N . [illegible] . 53 .

صدر فى (١٩) فبراير سنة ١٩٣٠ (١) .

والحكم القضائى الثانى :

صدر فى سنة ١٩٣١ (٢) قاعدة هامة ، وهو أنه متى كان العقد مرتبطا بالتجارة الدولية ، وتضمن شرطا للتحكيم – **للفصل فيما يمكن أن ينشأ عن تفسيره ، أو تنفيذه من منازعات** – فإن هذا الشرط لايكون باطلا ، رغم عدم توافر الشروط التى تتطلبها المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

وأساس ذلك ، أن القاعدة التى أوردتها هذه المادة تكون من القواعد القانونية الوضعية الآمرة فى فرنسا ، والتى لايجوز الإتفاق على مايخالفها . ومن ثم ، يكون شرط التحكيم باطلا بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، فى مجال العلاقات الوطنية البحتة ، فى حين أنه يعد صحيحا فى المعاملات الدولية .

وفيما يتعلق ببطلان شرط التحكيم بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى ، لعدم تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **طبقا للمادة (١٠٠٦) من** مجموعة المرافعات **الفرنسية** السابقة – فإن نفس الجزاء - **وهو البطلان المطلق المتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى الفرنسى** – كان يترتب أيضا إذا جاء تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ناقصا ، أى إذا لم يمكن معه التعرف على أشخاصهم والتى انصرفت نية الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إلى تعيينهم ، أو إذا كان أعضاء **هيئة التحكيم** المكلفة بالفصل فى النزاع

---

(١) أنظر :

Cass . Civ . 19 –2 – 1930 . Rev . Crit . De Droit international . P . 514 .

(٢) أنظر :

Cass . Civ . 27 – 1 – 1931 . Rev . Crit De Droit international . P . 515 .

موضوع الإتفاق على التحكيم المعينين من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عاجزين عن أداء مهمة التحكيم (١).

ولقد كان فقه القانون الوضعي الفرنسي قد ذهب في تفسيره لنص المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة إلى أنه ليس من الضروري أن يعين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأسمائهم ، مادام لايكون هناك أي شك في معرفة الأشخاص الذين انصرفت نية الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " إلى اختيارهم لمهمة التحكيم ، وأنه تكفي معرفتهم بالصفة التي اختيروا بها ، فهذه الطريقة تسمح – كما في حالة تعيين الأشخاص المعنويين – بالتأكد من بقاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بقاء دائما (٢) ، ويتضح ذلك في الفرض الذي يعين فيه

---

(١) أنظر :

JEAN – ROBERT : op . cit ., P . 53 et s .

(٢) تنص المادة (١٤٤٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" إذا كلف شخص طبيعي أو معنوي بتنظيم التحكيم ، فإن مهمة التحكيم تناط إلى محكم أو أكثر يوافق عليه جميع الأطراف ، وفي حالة عدم الموافقة ، يدعو الشخص المكلف بتنظيم التحكيم كلا من الطرفين لاختيار محكمه . ويقوم – في هذه الحالة – باختيار المحكم الازم لاستكمال تشكيل محكمة التحكيم ، فإذا لم يقم أحد الطرفين باختيار محكمه ، قام الشخص المكلف بتنظيم التحكيم باختياره .
ويجوز أيضا تشكيل محكمة التحكيم مباشرة وفقا لما تنص عليه الفقرة الثالثة ، ويجوز للشخص المكلف بتنظيم التحكيم أن يقرر أن محكمة التحكيم لاتصدر إلا مشروع حكم إذا عارضه أحد الطرفين وجب عرض القضية على محكمة تحكيم أخرى . وفي هذه الحالة تعين هذه المحكمة بواسطة الشخص المكلف بتنظيم التحكيم ، ولكل من الطرفين أن يختار محكما آخر بدلا ممن عين وفقا لما سبق ذكره " .
وتنص المادة (١٤٥٩) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" كل نص أو اتفاق يخالف القواعد السابقة يعتبر كأن لم يكن ومعدوم الأثر " .

وقد عالج نظام المصالحة ، والتحكيم لغرفة التجارة الدولية تشـ[illegible] محكمة التحكيم في الم[illegible] (٢ – ١٣) . أما اصطلاح المحكمة الدولية للتحكيم ، فهو يكون خاصا بجهاز تحكيم غر[illegible] الدولية ، والتي لاتتولى الفصل في المنازعات ، وإنما تختص بتشكيل محكمة التحكيم ، فـ[illegible] تعيين ،

وتثبت المحكمين إذا لم يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " علــى طريقــة اختيــار المحكمين ، وتراعى المحكمة جنسية المحكمين ، ومحال إقامتهم ، أو غير ذلك من العلاقات مع دول الأطـراف ، أو المحكمين الآخرين . ويجوز أن يكون المحكم فردا ، أو أن يكون التشكيل ثلاثيا . فإذا كان واحــدا ، واختاره الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، فإن المحكمة تقوم بتثبيتــه — أى اقـرار اتفاق الأطراف . أما إذا لم يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيــم " ، فــإن المحكمــة تتصدى لتعيينه ، بعد مضى ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الطرف الآخر بطلب التحكيم .

وإذا كان التشكيل ثلاثيا ، فإن كل طرف محتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " اختيــار محكمــا — سواء فى طلب التحكيم ، أو فى الرد عليه — وتتولى المحكمة تثبيته . أما المحكم الثالث ، فإمـــا أن يختـاره المحكمان ، وإما أن تتولى ذلك المحكمة إبتداء ، فى حالة فشل المحكمين فى اختيار المحكم الثــالث ، والــذى يتولى رئاسة المحكمة . وإذا خلا اتفاق الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " من تحديد عــدد المحكمين ، فإن المحكمة تعين محكما واحدا ، إلا إذا وجدت مايقتضى تعيين ثلاثة محكمين ، فيكون للأطـراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " مهلة ثلاثين يوما ، ليتولى كل منهم تعيين محكما .

وعندما تتصدى المحكمة لتعيين المحكم الفرد ، أو المحكم الثالث ، فإنها تعينه بعد طلب ترشيح مــن اللجنـة الوطنية للغرفة الدولية ، والتى تراها مناسبة لتولى هذا الترشيح ، ولها أن تختار المحكم من دولة لاتوجد فيـها لجنة وطنية ، إلا إذا اعترض أحد الأطراف على ذلك . ويراعى ألا يكون المحكم الفرد ، أو الرئيس مـــن بلد أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، إلا إذا اقتضت الظروف غير ذلــك . وإذا كان التصدى للتعيين قد جاء نتيجة تقاعس أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيــم " ، فعليها اختياره بناء على ترشيح اللجنة الوطنية للبلد الذى ينتمى إليه هذا الطرف ، إلا إذا رأت المحكمـــة عدم قبول هذا الترشيح ، أو لم تكن هناك لجنة وطنية ، فلها اختيار أى شخص تراه مناسبا .

كما عالجت الفقرات (٧ — ١٣) من المادة الثانية الأحكام الخاصة بحيدة ، واستقلال المحكم ، والتزامــه بالإفصاح عن أية ظروف ، أو ملابسات تؤثر فى ذلك ، كما عالجت القواعد الخاصــة بــرد المحكمــين ، واستبدالهم ، مع ترك الحرية لمحكمة التحكيم بتشكيلها المعدل ، لاتخاذ قرارا بشأن الإعتــداد بمــا تم مــن إجراءات سابقة .

وإذا دفع أحد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " ببطلان ، أو بعدم وجود اتفـــاق على التحكيم ، فإن المحكمة الدولية تتولى التحقق من ذلك . فإذا بدا لها من ظاهر الأمور وجود اتفاقا علــى التحكيم ، تركت الفصل فى هذه الدفوع للمحكمين ، والذين يختصون وحدهم فى هذه الحالة بــالفصل فى مسألة اختصاصهم . كما أن الإدعاء ببطلان العقد ، أو انعدامه ، لاينزع اختصاص المحكـــم ، طالمـــا رأى ثبوت صحة الإتفاق على التحكيم ، وله مواصلة الفصل فى النزاع ، حتى بعد ثبوت الانعــدام ، أو بطــلان العقد ، وذلك كله مالم يكن هنا إتفاقا على خلاف ذلك . وهذا يعنى إمكانية إتفاق الأطراف المحتكمـــون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على أن انعدام ، أو بطلان العقد ينزع اختصاص المحكم . فمبدأ اســتقلال الإتفاق على التحكيم لايتمتع — وفقا لنص المادة (٤/٨) من نظام غرفة التجــارة الدوليــة — بقدســية

خاصة ، فيجوز للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " استبعاده عند إبرام الإتفـــاق علـــى التحكيم .

فإذا رأى الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " أن بطلان العقد الأصلى ، أو فســخه ، أو إنهاءه يجب أن ينعكس على الإتفاق على التحكيم ، بحيث لايعمل هذا الإتفاق إلا للفصل فى المنازعات التى تثور بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عند تنفيذ العقد الصحيـــح الـــذى ينظـــم علاقتهم الأصلية . أما فى حالة البطلان ، أو الفسخ ، أو العوارض التى تحول دون إنتاج العقد لآثاره ، فإن الأمر يسوى وديا ، أو عن طريق القضاء ، أو عن طريق التحكيم ، ولكن باتفاق جديد ، إذا آثر الأطـراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " ذلك ، ولكن لايمتد الإتفاق على التحكيم الذى بطل نتيجـــة بطلان العقد الأصلى تلقائيا إلى منازعات البطلان ، أو الفسخ ، طالما اتجهت إرادة الأطـــراف المحتكمـــين " أطراف الإتفاق على التحكيم " إلى ربط مصير هذا الإتفاق بمصير العقد الأصلـــى . فى دراســـة كيفيـــة تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـــارطة - عند الإلتجاء إلى مراكز التحكيم الدائمة ، والمنتشرة فى جميع أنحاء العالم ، أنظر :

EMIL - TYAN : Le droit de l'arbitrage . P . 130 et s ; HERVE - CHASSERY : La clause compromissoire en droit interne . P . 230 et s ; MOSTEFA - TRARI - TANI : De la clause compromissoire . P . 30 et s ; P . FOUCHARD : Le reglement d'arbitrage de CNUDCI . J D I . 1979 . P . 81 et s , Les institutions permanents d'arbitrage devant le juge etatique . Rev . Arb . 1987 . P . 225 et ss ; P . PACLOT : L'arbitrage institutionnel dans le decret du 14 Mai 1980 relatif a l'arbitrage . Rev . Arb . 1980 . P . 598 ; JEAN - ROBERT : Arbitraghe . Droit interne . Droit international prive . Cinquieme edition . edition Dalloz . 1983 . N . 101 et s ; PETIT : Le reglement de la chambre arbitrale de Paris et le decret 14 Mai 1980 relatif a l'arbitrage . Rev . Arb . 81 . P . 251 ; J . J ARNALDEZ et E . JAKANDE : Les amendements apportes au reglement d'arbitrage de la C . C . I . Rev . Arb . 1988 . P . 67 et ss .

وانظر أيضا : سامية راشد - التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ، ومـــدى خضوعـــه للقـــانون المصرى - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية [illegible] خاصة ، بند ٢٨ ومايليه ص ٦٢ ومابعدهـــا ، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١١٩ ص ٢٠٦ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى [illegible] التجارى الدولى - - بند ٤٢ ومايليه ص ٧٨ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرســـالة المشار إليها - بند ١٠١ ومايليه ص ٩٥ ومابعدها .

نقيب المحامين ، أو رئيس نقابة صناعية عضوا فى هيئة التحكيـــم المكلفـة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم (١) .

بمعنى ، أنه لايلزم إختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأسمائهم ، بل يكفى تحديدهـم بصفاتـهم ، إذا كان ذلك قاطعا فى الدلالة على تحديد شخصياتهم (٢) .

فلايشترط أن يعين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأسمائهم ، بل يكفى تحديدهم بما يميزهم عـن غيرهم ، كأن يقال مثلا " عمدة قرية كذا ، أو نقيب المحامين ، أو الشـقيق الأكبر للأطراف المحتكمين ، أو رئيس المحكمة التجارية ، أو قاضى الصلـح بمحكمة ما " (٣) .

---

(١) أنظر :

JEAN – ROBERT : Precis pratique de l'arbitrage commercial. 151. Sirey. Paris. P. 114.

(٢) أنظر :

BIOCH : op. cit., N. 161. P. 477; GARSONNET : op. cit., N. 242. P. 489; GLASSON : op. cit., N. 1809. P. 323 et s et P. 424; A. BERNARD : op. cit., N. 85. P. 55 et 56; EDAUARD RELEIN : Considerations sur l'arbitrage en droit international prive. 1955. Paris. Sirey. P. 39; J. ROBERT : Arbitrage. Troisieme edition. 1961. P. 53; Repertoire De Droit Civile. 1977. N. 56 et s; JEAN – VINCENT : Procedure civile. Dix – huitieme edition. edition Dalloz. 1972. P. 10443 et s;

وانظر أيضا :

Cass. Civ. 12 Fev. 106 – 5 – 1906 – 1 4992; Cass. Civ. 17 Decembre 1936. Gaz. Pal. 1936. 1. 457.

(٣) أنظر :

M. BIOCHE : Dictionnaire de procedure civile et commerciale. T. 1. Paris. 1867. N. 158. P. 476; GARSONNET et CEZAR – BRU : op. cit., N. 242. P. 489; GLASSON, TISSIER et MOREL : op. cit., N. 1908. P. 323; A. BERNARD : L'arbitrage volontaire. N. 85. P. 55; Dalloz Nouveau Repertoire De Droit. 1947. N. 135; Repertoire De

وإذا كان تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكم مشيرا إلى صفة قابلة للتغيير ، واتضح أن نية الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد اتجهت إلى الوظيفة ، وليس إلى الشخص ، فإن مهمة التحكيم عندئذ يتولاها من يشغل الوظيفة عند طلب التحكيم . فإن لم تكن الوظيفة مشغولة ، تولى مهمة التحكيم عندئذ من يليه فى السلطة (١) .

أما إذا كان الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد قصدوا - **لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم** - الشخص نفسه ، فإنه هو الذى يصح تعيينه عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، حتى ولو فقد وظيفته ، أو صفته لحظة تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولايجوز عندئذ أن يكون عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من يخلفه فى هذه الوظيفة (٢) .

Droit Civile . Deuxieme edition . T . 11 . 1977 . N .544 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . Arbitrage . Droit interne . 1988 . T . 1 . N . 193 et s ; MATTHIEU de BOISSESON : La constitution du tribunal arbitrale dans l'arbitrage institutionnel . P . 342 et s

وانظر أيضا :

Chambery . 30 Juin . 1885 . D . P . 1886 . 2 . 271 ; Cass . Req . 12 Fev . 1906 . S . 1906 . 1 . 492 .

(١) أنظر :

Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 11 . 1977 . N . 54 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . Arbitrage . Droit interne . 1988 . T . 1 , P . 12 ; JEAN – ROBERT : op . cit . , N . 193 et s .

(٢) أنظر :

[illegible] cit . , N . 160 . P . 476 .

وانظر أيضا :

Chambery . 30 Juin . 1885 . D . P . 1886 . 2 . 271 .

ولايلزم لصحة مشارطة التحكيم أن يذكر فيها أسـماء أعضـاء هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بل يكفـى أن يحدد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فيها الوسـيلة التى بمقتضاها يتم اختيارهم بصورة قاطعة ، ومباشرة – **كما إذا قـرروا أن يتم ذلك بواسطة رئيس هيئة معينة ،أو نقيـب المحـامين** (١) ، **أو رئيـس الدائرة التجارية بالمحكمة** (٢) .

فتتحقق الغاية من تطلب تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم فـى حالـة إتفاق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيـم** " علـى تخويـل شخص ثالث سلطة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو الإتفاق على تعيين محكمة التحكيم بغرفـة التجارة الدولية بباريس كهيئة تحكيم ، للفصل فى النزاع موضـوع الإتفـاق على التحكيم ، إذ أنها تقوم بمهمة الشخص الثالث فى تعيين أعضـاء هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم . **وتطبيقـا لذلك ، فقد قضى بجواز تعيينها كعضو فى هيئة تحكيم ، للفصل فى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** : غرفة تأديب وكلاء الدعاوى (٣) ، أو غرفـة الموثقين بباريس (٤) ، أو المجلس القضائى التابع لأحد المسارح (٥) ، أو لجنة

---

(١) أنظر :

BERNARD (A .) : L'arbitrage volontaire en droit prive . N . 85 ; FOUCHARD PHILIPPE : Fonctionnement des Institutions d'arbitrage . Rev . Arb . 1990 . P . 501 et s .

(٢) أنظر :

Cass . Civ . 17 Decebbre . 1936 . Gaz . Pal . 1936 . 110457 .

(٣) أنظر :

Cass . Req . 17 Mai . 1836 . S . 1887 . 1 . 154 .

(٤) أنظر :

التحكيم التى أنشأتها نقابة مصانع أصحاب الخيوط ، والكتان [1] ، أو أية تجمع مهنى – **طالما يتمتع بالشخصية المعنوية** [2] .

أما إذا كان هذا التجمع المهنى مجردا من الشخصية المعنوية ، فإنه لايصح اختياره كعضو فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [3] .

كما يجوز تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بواسطة وكيل عن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، بشرط أن يكون مفوضا فى ذلك تفويضا خاصا [4] ، [5] .

Cass . Civ . 6 Janv . 1846 . S . 1846 . 1 . 618 .

(٥) أنظر :

Paris . 7 Mars . 1843 . S . 1843 . 2 . 141 .

(١) أنظر :

Cass . Req . 12 Fev . 1906 . S . 1906 . 1 . 492 .

(٢) أنظر :

Paris . 4 Dec . 1935 . Gaz . Pal . 1936 . 347 .

(٣) أنظر :

Aix . 18 Dec . 1884 . cite par . J . ROBERT . Dalloz . Repertoire De Droit Procedure Civile . T . 1 . Voire . Arbitrage . N . 160 .

(٤) أنظر :

Cass . Req , 12 Fev . 1906 . D . P . 1907 . 1 . 2445 . cite par : JACQUELIN – RUBELLIN – DEVICHI : Procedure . Fasc . 1020 . ou commercial . Fasc . 2110 . N . 116 .

(*) فى بيان إمكانية أن يعهد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " باختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى شخص من الغير ، أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ١٠١ ص ٩٥ ومابعدها .

وإذا فوض الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " وكيلا عنهم في اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه لايجوز لهذا الوكيل تفويض غيره في هذا الإختيار ، دون إذن من الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، وإلا بطل حكم التحكيم الذى يصدر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بعد ذلك [1] .

وقد أجازت المادة (١٤٤٨/٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأسمائهم ، أو الإكتفاء ببيان الطريقة التى على أساسها سيتم تعيينهم ، وإلا كانت مشارطة التحكيم باطلة ، فأضفت بذلك الشرعية على ماجرى عليه العمل فى ظل المادة (١٠٠٦) من مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة .

وقد تدخل المشرع الوضعى الفرنسى وبنص المادة (١٤٤٣/٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، ليتخذ موقفا مخالفا لموقفه فى مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة – والذى لم يكن يورد بين نصوصه المنظمة للتحكيم أحكاما خاصة بشرط التحكيم – ولموقف القضاء الفرنسى السابق على تعديل مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة . وبصفة خاصة فى النصوص القانونية الوضعية الفرنسية المنظمة للتحكيم ، والذى كان يعتبر أن تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى شرط التحكيم هو أمرا اختياريا ، بوصفه مجرد وعدا بالإتفاق على التحكيم ، يكفى أن يحمل مبدأ الإلتجاء إلى نظام التحكيم [2] ، فأوجب

---

(١) أنظر :

Douai . 12 Mars . 1959 . Gaz . Pal . 1959 . 2 . 116 .

على الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " أن يعينوا أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى شرط التحكيم ، أو على الأقل يبينوا فيه طريقة تعيينهم ، والتى على أساسها سيتم تعيينهم فيما بعد – **سواء بأنفسهم ، أو على الأقل بواسطة شخص ثالث** – على أن تكون هذه الطريقة من الوضوح ، والتحديد ، بحيث تسمح لهذا الشخص الثالث ، وللقضاء الفرنسى فيما بعد ، بإمكان إعمالها ، والحلول فى ذلك محل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

وقد لاقى نص المادة (١٤٤٣/٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية إستحسان فقه القانون الوضعى الفرنسى (١) ، لأنه وضع شرط التحكيم فى نفس مستوى مشارطته ، فأصبح بذلك اتفاقا مستقلا ، وكاملا على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، لايكفى أن يحمل مبدأ الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، وإنما لابد أن يظهر الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فيه رغبتهم الجادة ، والصادقة فى عرض نزاعهم على هيئة تحكيم ، للفصل فيه ، إن لم يكن بتحديد أسماء أعضائها ، فعلى الأقل ببيان طريقة تعيينهم ، حتى يتسنى لهم تحريك إجراءات التحكيم عند نشأة النزاع بينهم ، دون حاجة لإبرام مشارطة تحكيم جديدة .

---

(٢) أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٧٢ ومايليه ص ٦٩ ومابعدها .

(١) أنظر :

DE BOISSESON : op . cit ., N . 60 . P .61 ; J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1993 . N . 86 . P . 68 ; J . R . DE DIVICHI : L'arbitrage . Compromis et La clause compromissoire . J – CI . Proc . Civ . Fasc . 1020 . N . 18 ; PH . FOUCHARD : L'arbitrage commerciale . Mélanges : R . ROBERT : L . G . D . J . 1984 . P . 69 , N . 15 ; J . VIATTE : Une nouvelle reglementation de l'arbitrage . Journ . Not . 1980 . Art . 55721 . P . 1171 .

فيستطيع كل طرف محتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " عند الإتفاق على تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من ثلاثة أعضاء مثلا ، أن يعين عضوا منهم ، وأن يدعو بقية الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " لتعيين العضو الثانى فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . فإذا امتنعوا عن القيام بهذا التعيين ، أو إذا لم يتفقوا على المحكم الثالث ، يكون الحل عندئذ هو تدخل القضاء العام فى الدولة – والمنصوص عليه فى المادة (١٤٤٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية .

وإذا لم يحدد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " فى شرط التحكيم أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولاطريقة تعيينهم ، فإن ذلك يؤدى إلى بطلانه . وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " يقع باطلا - وفقا لنص المادة (١٤٤٣/٢) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية - شرط التحكيم الذى اقتصر فيه الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على القول بأن المنازعات التى تنشأ عند تنفيذ هذا العقد سوف يتم الفصل فيها بواسطة هيئة تحكيم يكون مقرها باريس ، دون أن يحددوا أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولاطريقة تعيينهم " (١) .

مدى إمكانية تدخل القضاء العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة – فى القانون الوضعى الفرنسى :

---

(١) أنظر :

Paris . 17 Oct. 1991 . Rev . Arb . 1992 . 673 ; Cass . Com . 18 Janv . 1994 . Rev . Arb . 1994 . 536 .

قد يذكر الأطراف المحتكمون فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بيانا بأسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بــالفصل فــى الــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وقد يكتفون ببيان الطريقة التــى ســيتم بــها اختيار هؤلاء الأعضاء ، عند نشأة النزاع موضوع الإتفاق علــى التحكيــم . وسواء كانت هذه الطريقة مباشرة - أى **عن طريــق الأطــراف المحتكميــن " أطراف الإتفاق على التحكيم " أنفسهم** - أم غير مباشــرة - **عنــد طريــق الإلتجاء إلى مراكز التحكيم الدائمة ، والمنتشرة فى جميع أنحــاء العــالم** - فإن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم قــد يتم تشكيلها بصورة طبيعية ، لأن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علــى التحكيم** " قد نفذوا ماسبق الإتفاق عليه بحسن نية ، وبرغبة أكيدة فى الفصــل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن طريق هيئة التحكيم .

ولكن الأمور دائما لاتسير على هذا النحو . ففى أغلــب الأحيــان لايتفــق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فيما بينهم على أعضاء هيئة التحكيم التى ستتولى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيــم ، أو على كيفية إعمال طريقة تعيينهم ، بل قد يعمد أحدهم إلى رفــض تعييــن عضو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيــم الواجب عليه تعيينه ، فهل يمكن الإلتجاء عندئذ إلى القضاء العام فى الدولــة لتعين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علــى التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - وإعطاء الفاعلية للإتفاق على التحكيــم ؟ . أم ينقضى التحكيم بسبب هذه الصعوبات التى تواجه تنفيذه من الناحية العملية ؟

لم تتضمن مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة نصا قانونيا وضعيــا يجــيز تدخل القضاء العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم التى ستتولى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ومع ذلك ، فــإن القضــاء الفرنســى آنذاك كان يجيز تدخل القضاء العام فى الدولة لتعيين أعضاء هيئــة التحكيــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضــهم**

- فى حالة عدم قيام الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيـــم** " **بمثل هذا التعيين من تلقاء أنفسهم ، حتى لايعمد بعض الأطراف المحتكميـــن " أطراف الإتفاق على التحكيم " - وبعد أن ارتبطوا بشرط التحكيـــم - إلـــى** التحلل من الإلتجاء إلى نظام التحكيم - **وعند نشأة النزاع موضوع الإتفـــاق على التحكيم** - للفصل فيه ، إما عن طريق رفضهم الصريح لتعيين بعـــض أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أو عن طريق اتخاذ الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق علـــى التحكيـــم** " موقفا سلبيا ، عند مطالبته بهذا التعيين [1] .

فعندما صدر القانون الوضعى الفرنسى فى (٣١) ديسمبر ســـنة ١٩٢٥ - **والذى أجاز شرط التحكيم فى بعض المسائل التجارية** [2] - كان قد خلا مـن من تحدية أية جزاء ، لمواجهة الفرض الذى يتخلف فيـــه أحـد الأطـراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن تعيين بعض أعضـــاء هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيـــم ، بعـد ارتباطه بشرط التحكيم - **فى الأحوال الجائز الإلتجاء فيها إلى نظام التحكيـم عن طريق شرط التحكيم** - مما أوجد انقساما كبيرا فى الرأى فى فقه القـانون الوضعى الفرنسى ، وأحكام القضاء الفرنسى فى هذا الشأن . فاتجـــه جـــانب

---

(١) أنظر :

Colmar . 24 Aout . 1835 . S . 1836 . 2 . 246 ; Cass . Req . 27 Nov . 1860 . s . 1862 . 1 . 159 .

(٢) فى دراسة أحكام القانون الوضعى الفرنسى الصادر فى (٣١) ديسمبر سنة ١٩٢٥ - والذى أجاز شرط التحكيم فى بعض المسائل التجارية - أنظر :

M . ROTHE : La clause compromissoire et l'arbitrage depuis la loi de 1925 . These . Paris . 1934 ; R . LHEZ : La clause compromissoire en droit commercial . These . Toulouse . 1935 ; CH . REFORT : Les difficultes soulevees par l'application de la loi du 31 Decembre 1925 sur la clause compromissoire . These . Paris . 1939 .

من فقه القانون الوضعى الفرنسى ، وبعض أحكام القضاء فى فرنسا (١) إلـــى أن الجزاء فى الفرض الذى يتخلف فيه أحد الأطراف المحتكميـــن **" أطـــراف الإتفاق على التحكيم "** عن تعيين بعض أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " ، بعدما ارتبط بشرط التحكيم ، هـو إلتزامه بدفع التعويض المناسب ، لعدم وفائه بالتزامه التعاقدى ، وأن أقصـــى مايملكه القضاء الفرنسى عندئذ هو إلزامه بتعيين بعض أعضاء هيئة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مع الحكـــم عليـــه بغرامة تهديدية خلال الفترة التى يمتنع فيها عن هذا التعيين . فإن أصـر علـــى موقفه ، تحول هذا الإلتزام إلى التزام بالتعويض ، بوصفه الجزاء الطبيعـــــى لكافة الحالات التى لاتقبل التنفيذ العينى للإلتزام .

بينما اتجه جانب آخر من فقه القانون الوضعى الفرنسى ، وأحكـــام القضـــاء فى فرنسا (٢) إلى أن شرط التحكيم يقبل التنفيذ المباشر ، فى الفـــرض الـــذى

---

(١) أنظر :

A . WAHI : La clause compromissoire en matiere commercial . J . C . P . 1927 . N . 21 . p . 44 ; CEZAR - BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre 1925. Les lois nouvelles . 1926 . P . 177 . specialement : P . 183 , 184 ; HAMEL : La clause compromissoire dans les contrats commrciaux . D . H . 1926 . Chr . P . 15 ; J . B . DE LA GRESSAY : Note sur Bordeaux . 7 Avr . 1932 . S . 1933 . 2 . P . 17 et s .

وانظر أيضا :

Trib . Com . de Marseille . 2 Fev . 1927 . Gaz . Pal . 1927 . 1 . 598 ; Paris . 10 Juill[illegible] . 1928 . S . 1930 . 2 . 65 ; Trib . Com . de Marseille . 30 Dec . 1931 . D. H . 193[illegible] . 183 .

(٢) أنظر :

G[illegible]ASSON : op . cit. , N . 1817 . P . 344 et s ; BERNARD : op . cit. , N . 29[illegible] 143 ; J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1961 . N . 117 . P . 121 ; CH . [illegible]FORT : La these precite . N . 36 . P . 67 et s ; MOREL : La clause compromissoire en matiere commercial . Rev . Crit de legis . et de la [illegible]ris . 19[illegible] N . 41 . P . 525 et s .

وانظر أيضا :

يتخلف فيه أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن تعيين بعض أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بعدما ارتبط بشرط التحكيم . ومن ثم ، يحق للمحاكم الفرنسية أن تعين بعض أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بدلا من الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " الممتنع عن القيام بهذا التعيين ، بعدما ارتبط بشرط التحكيم ، بناء على طلب الأطراف المحتكمين الآخرين .

وقد حسمت محكمة النقض الفرنسية هذا الخلاف فى الرأى فى فقه القانون الوضعى الفرنسى ، وأحكام القضاء فى فرنسا ، فى الفرض الذى يتخلف فيه أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عن تعيين بعض أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بعدما ارتبط بشرط التحكيم ، ورجحت عندئذ التنفيذ المباشر لشرط التحكيم إعمالا لإرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، للفصل فيها ، وقضت بأنه : " **فى الفرض الذى يتخلف فيه أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عن تعيين بعض أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بعدما ارتبط بشرط التحكيم ، فإن من حق الأطراف المحتكمين الآخرين - وإعمالا لمبدأ القوة الملزمة لشرط التحكيم - أن يطلب من القضاء العام فى الدولة الفرنسية إما إلزام الطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " بتعيين بعض أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مدة محددة ، مع الحكم عليه بغرامة تهديدية ، أو بالتعويض ، وإما تعيين بعض أعضاء هيئة التحكيم**

Trib . Civ de Marseill . 5 Dec . 1933 . Gaz . Pal . 1934 . 1 . 183 ; Aix . 4 Juille . 1934 . Gaz . Pal . 1934 . 2 . 860 ; Paris . 20 Nov . 1934 . Gaz . Pal . 1935 . 1 . 175 ; Trib . Civ . Seine . 9 Mai . 1935 . Gaz . Pal . 1935 . 2 . 319 .

المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مباشرة ، بدلا من هذا الطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " ، واتخاذ كافة الإجراءات الازمة عندئذ لتشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ولايجوز لأى من الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " أن يلجأ عندئذ إلى القضاء العام فى الدولة طالبا الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لأنه يكون بذلك قد جرد شرط التحكيم – وبارادته المنفردة – من كل قيمة ، أو أثر قانونى " [1] .

وقد انتهجت العديد من أحكام المحاكم الفرنسية نفس مسلك محكمة النقض الفرنسية فى هذا الشأن [2] .

كما تدخل المشرع الوضعى الفرنسى فى هذا الشأن – وفى تعديل مجموعة المرافعات الفرنسية الصادر سنة ١٩٨٠ – فأورد من النصوص القانونية الوضعية التى تخول القضاء الفرنسى سلطة تكملة إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " فى تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم – عند عدم قيامهم بهذا التعيين ، أو وجود مانعا لدى أحد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يمنعه من مباشرة مهمة التحكيم المعهود بها إليه .

فقد نصت المادة (١٤٤٤/١) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية – وبالنسبة لشرط التحكيم – على أنه :

---

(١) أنظر :

Cass . Req . 27 Fev . 1939 . Gaz . Pal . 1939 . 1 . 678 . 679 ; Cass . Civ . 22 Janv . 1946 . Gaz . Pal . 1946 . 1 , 134 .

(٢) أنظر :

[illegible] Janv . 1954 . D . 1954 . Somm . P . 41 ; Rennes . 28 Mars . 1957 . D . Somm . P . 124 ; Paris . 22 Mai . 1958 . Rev . Arb . 1958 . 57 .

" إذا وقعت المنازعة ، وحدثت مشكلة تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم ترجع إلى أحد الطرفين ، أو إعمال طرق تعيين المحكمين ، فإن رئيس المحكمة الكلية هو الذى يعين المحكم ، أو المحكمين " .

ومفاد النص القانونى الوضعى الفرنسى المتقدم ، أن الإختصاص بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - فيما لو صادفت تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عقبات ترجع إلى أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو إلى تفاصيل هذا التعيين يكون لرئيس المحكمة الإبتدائية .

وإذا كان شرط التحكيم واضحا البطلان ، أو يعتريه نقصا ، لايسمح بتشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يجب على رئيس المحكمة الإبتدائية أن يثبت ذلك ، ويقرر بألا وجه لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

كما تنص المادة (١٤٥٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه

" يفصل رئيس المحكمة الإبتدائية فى الحالات المنصوص عليها فى المواد (١٤٤٤) ، (١٤٥٤) ، (١٤٥٦) بقرار غير قابل للطعن ، متى رفع إليه أحد الأطراف وفقا لإجراءات القضاء المستعجل ، ومع ذلك يكون هذا القرار قابلا للإستئناف فى حالة صدوره بألا وجه لتعيين محكمين لسبب من الأسباب الواردة فى المادة (١٤٤٤) " [1] .

---

(١) فى بيان حالات تدخل القضاء العام الفرنسى ، شروطه ، وقواعده لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - فيما لو صادفت تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عقبات ترجع إلى أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أو إلى تفاصيل هذا التعيين فى مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، أنظر :

ومفاد النص القانوني الوضعي الفرنسي المتقدم ، أنه يمكـــن الإلتجـــاء إلــى القضاء العام الفرنسي إذا حدثت مشكلة تتعلق بتشكيل هيئة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء كانت راجعة لأحـــد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو لإعمال طرق هـــذا التعيين – **وكما وردت في الإتفاق على التحكيم** – كما في حالة عـــدم اتفـــق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على اسم عضو هيئـــة التحكيم المنفرد ، أو إذا تخلف أحدهم عن تعيين عضو هيئة التحكيم المكلفـــة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الذي يجب عليه تعيينـــه ، أو فشل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " في اختيار عضـــو هيئة التحكيم الثالث ، أو رفض الشخص الثالث المختار بواســـطة الأطـــراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " تعيين عضو هيئة التحكيم المنفـــرد أو عضو هيئة التحكيم الثالث ، أو وفاة الشخص الثالث المكلف بتشكيل هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم ، أو لأن نظام مركز التحكيم الدائم – **والمختار بواسطة الأطراف المحتكمون " أطـراف الإتفاق على التحكيم** " – والخاص بتعيين أعضاء هيئـــة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم غير كاف ، ولايمكن إعماله

G . CORNU : Presentation de la reforme . Rev . Arb . 1980 . P . 587 . N . 10 et s ; P . LEVEL : De la reforme de l'arbitrage interne a la prochaine reforme de l'arbitrage international . J . C . P . ed . C . I . 1981 . 1 . 9540 . P . 92 et s . N . 7 et s ; ROBERT et MOREAU : op . cit . , N . 125 ; ROBERT : La legislation novelle sur l'arbitrage . D . 1980 . Chr . 185 ; DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 90 et s ; FOUCHARD (P .) : La cooperation du president du tribunal de grande instance a l'arbitrage . Rev . Arb . 1985 . P . 5 et s .

وانظر أيضا : علي بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ١٣٩ ومايليـــه ص ٣٢٠ ومابعدها .

(١/١٤٤٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحاليـــة ، والتـــى يصعــب حصرها [١] .

ويشمل نطاق تدخل القضاء العام الفرنسى فى مجال التحكيم كافة الصعوبـات والمشاكل التى تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفــة بـالفصل فــى الـنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [٢] .

فإذا لم يوافق أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " علـى عضو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم المعين من قبل الأطراف المحتكمين الآخرين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فإنه لايجوز له طلب رده ، وإنما تعد عدم موافقته عندئذ على تعيينه إحـــدى الصعوبات التى تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والتى تجيز تدخل القضاء العام الفرنسى فـــى مجال التحكيم [٣] .

والإختلاف بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " حـــول تكييف الإتفاق على التحكيم ، يعد صعوبة فى تشكيل هيئة التحكيـــم المكلفـــة

---

(١) أنظر :
J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1993 . N . 87 . P . 69 ; DE BOISSESON op . cit . , N . 208 . P . 168 ; PH . FOUCHARD : La cooperation du president du tribunal de grande instance à l'arbitrage . Rev . Arb . 1985 . P . . specialement : P . 26 .

(٢) أنظر :
T G I Paris . 22 Mars . 1983 . Rev . Arb . 1983 . 479 . 2e esp . P . 482 .

(٣) أنظر :
T G I . Paris . 22 Avr . 1983 . Rev . Arb . 1983 . 479 . 3e esp . P . 484 .

بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مما يجيز للقضاء العام الفرنسى التدخل لمواجهة مثل هذه الصعوبات ، ويقتصر دوره عندئذ على التأكد من الأمر يتعلق حقيقة باتفاق على التحكيم ، وأن هذا الإتفاق ليس باطلا بطلانا ظاهرا . فإذا تبين له حقيقة أن الأمر يتعلق باتفاق حقيقى على التحكيم ، ولابطلان فيه ، فإنه يقوم بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق عى التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - على أن يترك لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بعد تشكيلها أمر الفصل فى صحة ، وحدود ، ومدى اختصاصها .

وعندما يحيل الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - وبناء على شرط فى الإتفاق على التحكيم - إلى لائحة أحد مراكز التحكيم الدائمة - والمنتشرة فى جميع أنحاء العالم - فإن هذا يعنى قبولهم لكافة نصوص هذه الائحة ، واختصاص مركز التحكيم الدائم المختار عندئذ بالفصل فى كافة الصعوبات التى تعترض تشكيل هيئة التحكيم - **والتى ستتولى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** - بحيث يمتنع عندئذ على القضاء العام فى الدولة الفرنسية أن يحل محل مركز التحكيم الدائم فى الفصل فى كافة هذه الصعوبات (١) .

وبالرغم من ذلك ، فقد قرر القضاء الفرنسى أنه إذا لم يتمكن الشخص الثالث " **الطبيعى** ، أو **المعنوى** " من تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم** ، **أو بعضهم** - فإنه يمكن للقضاء العام الفرنسى عندئذ أن يقوم بهذا التعيين ، باعتباره الملجأ

---

(١) أنظر :

T G I . P... ...ars . 1984 . Rev . Arb . 1985 . P . 81 . Ge esp . P . 94 ; Cass ... 3 Nov . 1993 . Rev . Arb . 1994 . 533 .

الأخير للفصل فى صعوبات تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم (١) .

وإذا كان نص المادة (١٤٤٤/١) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية قد ورد فى الفصل الخاص بشرط التحكيم ، إلا أن فقه القانون الوضعى الفرنسى (٢) ، وأحكام القضاء فى فرنسا (٣) قد أجازوا تدخل القضاء العام الفرنسى ، للفصل فى الصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عندما يكون الإتفاق على التحكيم فى صورة مشارطة تحكيم ، تواجه نزاعا قائما ومحددا لحظة الإتفاق على التحكيم ، نظرا لاتحاد العلة في صورتى الإتفاق على التحكيم " **شرط التحكيم ، ومشارطته** " ، وتوحيد المشرع الوضعى الفرنسى بينهما بخصوص تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم (٤) .

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON : op . cit . , N . 208 . P . 166 .

(٢) أنظر :

E . LOQUIN : La competence arbitrale . J – CI . Proc . Civ . Fasc . 1032 . N . 95 .

(٣) أنظر :

TGI . Paris . 2 Janv . 1984 . Rev . Arb . 1985 . 81 . 3e esp . P . 88 .

(٤) تنص المادة (٢/١٤٩٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" يجوز للقاضى الفرنسى أن يتدخل لتعين المحكمين والفصل فى كافة صعوبات تشكيل هيئة التحكيم إذا كان التحكيم يجرى فى فرنسا ، أو كان الأطراف المحتكمون قد اختارا قانون المرافعات الفرنسى ، ليحكم إجراءات التحكيم . كما خولت المادة نفسها – وفى ذات الفقرة – للخصوم الحق فى استبعاد تدخل القاضى العام الفرنسى – حتى ولو توافرت إحدى الحالتين المذكورتين – إذا وجد بين الأطراف المحتكمين إتفاقا على ذلك .

وهناك شروطا ينبغى توافرها لإمكان الإلتجاء إلى القضاء العـــام الفرنســـى لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - إذا حدثت مشكلة تتعلق بتشكيل هيئة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء كانت راجعة إلى أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أو لإعمـــال طرق التعيين المحددة في الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشـــارطة . فالمادة (١/١٤٤٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحاليـــة قـــد خولـــت لرئيس المحكمة الإبتدائية سلطة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - بشـــرط أن يتم ذلك بعد نشأة المنازعة ، وحدوث مشكلة ، أو صعوبة تتعلق بتشكيل هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـــم ، وتكـــون راجعة لأحد الخصوم ، أو لإعمال طرق التعيين المتفق عليها .

شروط تدخل القضاء العام الفرنسى ، للفصل فى الصعوبات التـــى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النـــزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :

هناك شروطا ينبغى توافرها لإمكان الإلتجاء إلى القضاء العام الفرنســـى لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - إذا حدثت مشكلة تتعلق بتشكيل هيئة التحكيـــم

والمادة (٢/١٤٩٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية تتناول المجال الذى يجوز فيه تدخـــل القضـــاء العام الفرنسى ، للفصل فى الصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عندما يكون التحكيم دوليا . فى تفصيل ذلك ، أنظر :

B . GO[illegible]AN : La volonte des parties et le role de l'arbitre dans l'arbitra[illegible]ational . Rev . Arb . 1981 . P . 470 ; P . LEVEL : La r[illegible] de [illegible]rage international . J . C . P . ed . CI . 1981 . 1 . . P . 243 ; P . BEL[illegible]ET et E . MEZGER : L'arbitrage international dans le [illegible]eau code de procedure civile . Rev . Crit . Dr . Int . Pri . 1981 . P . 620 . 621 .

المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء كانت راجعة إلى أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أو لإعمال طرق التعيين المحددة فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة .

وهذه الشروط هى (١) :

الشرط الأول :

نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة

لايجوز للقضاء العام الفرنسى أن يتدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - إلا إذا نشأ النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

فإذا اتفق أطراف عقد ما على أن يتم الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبة تفسيره ، أو تنفيذه عن طريق هيئة تحكيم ، تشكل من عضو منفرد ، يكون معينا باسمه فى شرط التحكيم ، ثم مات هذا العضو قبل نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، فإن الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " هم الذين يملكون عندئذ تعيين غيره - سواء كان ذلك تعيينا باسمه أم بصفته ، أو الإكتفاء على بيان طريقة تعيينه - ولايجوز عندئذ لأى منهم أن يلجأ إلى القضاء العام الفرنسى ، ليطلب منه تعيينه .

---

(١) فى دراسة هذه الشروط ، أنظر :

J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1993 . N . 87 . P . 70 ; DEVICHI : L'arbitrage . J . Cl . Proc . Civ . Fasc . 1020 . N . 22 ; DE BOISSESON : op . cit . , P . 164 , 165 .

وانظر أيضا :

Paris . 9 Juillet . 1981 . Rev . Arb . 1983 . P . 509 . Note : T . BERNARD ; TGI . Paris . 16 Janv . 1985 . Rev . Arb . 1985 . P . 97 ; TGI . Paris . 8 Fev . 1985 . Rev . Arb . 1985 . P . 99 ; Cass . Civ . 16 Mai . 1994 . Rev . Arb . 1994 . 715 .

الشرط الثانى :

أن تتعلق الصعوبة التى يطلب من القضاء العام الفرنسى التدخل للفصل فيها بتشكيل هيئة تحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بالمعنى الذى ورد فى المادة (١/١٤٤٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية :

عل القاضى العام الفرنسى أن يتحقق - وقبل إجابة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أو أحدهم إلى طلب تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " كلهم ، أو بعضهم " - من أن من يطلب تعيينه كعضو فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هو شخصا قد عهد إليه الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " بمهمة قضائية - أى للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وأنه ليس خبيرا ، أو مصالحا ، أو وكيلا عنهم .

فإذا لم يكن من يطلب تعيينه من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " كعضو فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على هذا النحو ، فإنه يمتنع عندئذ على القضاء العام الفرنسى أن يتدخل لتعيينه [1] .

القاضى العام الفرنسى المختص بالفصل فى الصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :

بعد أن حددت المادة (١/١٤٤٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية القاضى المختص نوعيا بالفصل فى الصعوبات التى يمكن أن

---

(١) أنظر :

TGI Paris . 5 Mars . 1984 . Rev . Arb . 1984

تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأنه رئيس المحكمة الإبتدائية ، جاءت المادة (٣/١٤٥٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية لتحدد القاضى المختص محليا بذلك فجعلت الأولوية لرئيس المحكمة الإبتدائية التى حددها الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " صراحة فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** .

فإذا لم يحدد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " محكمة بعينها ، فإن الإختصاص بالفصل فى الصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يكون عندئذ لرئيس المحكمة الإبتدائية التى يقع فى دائرة اختصاصها مكان التحكيم – أى **التى ستتم فى دائرة اختصاصها إجراءات التحكيم ، كما حددها الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم "** .

وفى حالة عدم التحديد ، يكون الإختصاص بالفصل فى الصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لرئيس المحكمة الإبتدائية التى يقع فى دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه فى طلب تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كلهم ، أو بعضهم – وليس المدعى عليه فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** [1] – أو أحدهم عند تعددهم .

فإذا لم يكن للمدعى عليه فى طلب تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كلهم ، أو بعضهم** – موطنا معلوما فى فرنسا ، فإن الإختصاص بالفصل فى الصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ينعقد عندئذ لرئيس المحكمة الإبتدائية التى يقع فى دائرتها موطن

---

(١) أنظر :

J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1993 . N . 151 . P . 127 .

المدعى في طلب تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - أو أحدهم ، **عند تعددهم** .

ومع ذلك ، فقد نصت المادة (٢/١٤٤٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أن الإختصاص بالفصل في الصعوبات التي يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضع الإتفاق على التحكيم يمكن أن ينعقد لرئيس المحكمة التجارية ، إذا اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على ذلك صراحة [1] .

أما إذا كان التحكيم دوليا ، فإن المادة (١٤٩٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية قد أسندت الإختصاص بالفصل في الصعوبات التي يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عندئذ لرئيس محكمة باريس الإبتدائية - **دون غيره** [2] .

ومع ذلك ، فإن نص المادة (١٤٩٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ليس نصا قانونيا وضعيا آمرا . ومن ثم ، فإنه يجوز للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " الإتفاق على مخالفته ، بإسناد الإختصاص بالفصل في الصعوبات التي يمكن أن تعترض تشكيل هيئة

---

(١) أنظر :

P . H . BERTIN : OP . CIT ., P . 336 ; PH . FOUCHARD :J . CI. Proc . Civ . Fasc . 1056 . 1 . N . 94 .

(٢) في مبررات ذلك ، أنظر :

[illegible] TIN . L'intervention des Juridiction sur cours de la procedure [illegible] Rev . [illegible] . 1982 . P . 336 .

سلطة القاضى العام الفرنسى المختص بالفصل فى الصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة :

إذا قدم أحد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " طلبا للقاضى العام الفرنسى المختص ، لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - فما هى نطاق سلطته فى إجابة مثل هذا الطلب المقدم إليه ، أو رفضه ؟ .

أجازت المادة (١٤٤٤/١) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية للقاضى الفرنسى المختص بطلب تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - أن يرفض الطلب المقدم إليه فى هذا الشأن من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى حالتين :

الحالة الأولى :

إذا كان الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - باطلا بطلانا ظاهرا [١] ، [٢] .

---

(١) فى بيان عناصر البطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أنظر : **محمد نور عبد الهادى شحاته** - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٢١٨ ومابعدها .

(٢) فى تفسير فقه القانون الوضعى الفرنسى ، وأحكام القضاء فى فرنسا لفكرة البطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أنظر :

J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1983 . N . 88 . P . 73 , 74 ; E . LOQUIN : La competence arbitrale . J . Cl . Proc . Civ . Fasc . 1034 , N . 107 et s ; DE BOISSESON : op . cit . , N . 94 . P . 85 .

وانظر أيضا :

T G I . Paris . 21 Fev . 1983 . Rev . Arb . 1983 . 479 1er esp . P . 480 ; T G I . Paris . 21 Fev . 1984 . Rev . Arb . 1985 . 81 . 4e esp . P . 89 .

والحالة الثانية :

إذا كان الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - غير كاف لإمكان تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم [1] .

وعن الحالة الأولى :

والخاصة بامتناع القاضى العام فى الدولة عن تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " - كلهم ، أو بعضهم - إذا كان الإتفاق على التحكيم باطلا بطلانا ظاهرا :

فإنه إذا تبين للقاضى العام فى الدولة أن الإتفاق على التحكيم الذى يستند إليه الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " فى طلب تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم** ، أو **بعضهم** - باطلا ، فإنه يكون عليه عندئذ أن يمتنع عن إجابة الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " إلى طلبه .

وانظر أيضا : محمد نور عبد الهادى شحاته - النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ص ٢١٥ ومابعدها .

(١) فى بيان تفسير فقه القانون الوضعى الفرنسى ، وأحكام القضاء فى فرنسا لفكرة عدم كفاية بنود الإتفاق على التحكيم الخاصة بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أنظر :

R . DEVICHI : J . C I . Proc . Civ . Fasc . 1020 . N . 25 .

وانظر أيضا :

[illegible] 23 Nov . 1983 . Rev , Arb ١ . ٨١ . ١٩٨٥ . re . esp . P . 85 ; T G I . Paris . 8 Sept . 1983 . Rev . Arb . 1983 . 479 . 4e esp . P . 485.

وانظر أيضا : على بركات - خصومة التحكيم - الإشارة المتقدمة .

ولكن ينبغى أن يكون بطلان الإتفاق على التحكيم ظاهرا ، أى واضحا جليا لانزاع فيه ، كما لو لم يدرج شرط التحكيم مثلا فى مستند مكتوب ، بالمعنى الوارد فى المادة (١٤٤٣) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، أو كان قد أدرج فى عقد مدنى ، أو صدر الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " من شخص عديم الأهلية ، أو من أحد أشخاص القانون العام الفرنسى غير مسموح لهم بالإتفاق على التحكيم ، أو فى مسألة من المسائل التى لايجوز الفصل فى المنازعات التى تنشأ بمناسبتها عن طريق نظام التحكيم – **كمسائل الحالة المدنية ، والمسائل الجنائية مثلا** [١] .

ومسألة البطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - هى مسألة واقع ، تترك لتقدير القاضى العام فى الدولة ، بحسب كل حالة على حدة ، ليقرر ماإذا كان بطلان الإتفاق على التحكيم ظاهرا ، من عدمه ؟ ويجب تفسير فكرة البطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - تفسيرا ضيقا ، بحيث يقتصر الأمر على الحالات التى يكون فيها بطلان الإتفاق على التحكيم واضحا جليا لانزاع فيه [٢] .

---

(١) فى استعراض لتطبيقات أخرى لحالات البطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – أنظر :

DE BOISSESON : op . cit . , N . 208 . P . 172 .

وانظر أيضا : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ١٦٧ ص ١٦٠ ، ١٦١ .

(٢) أنظر :

J . R . DEVICHI : J . Cl . Proc . Civ . Fasc . 1020 . N . 24 ; **E . LOQUIN** : J . Cl . Proc . Civ . Fasc . 1034 . N . 10 .

وانظر أيضا :

T G I . Paris . 21 Avr . 1983 . Rev . Arb . 1983 . 479 . 3e esp . P . 484 ; T G I . Paris . 25 Oct . 1983 . Rev . Arb . 1984 . 372 .

وانظر أيضا : محمد نور عبد الهادى شحاته – النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين – ص ٢١٧ ، ٢١٨

أما عن الحالة الثانية :

والخاصة بامتناع القاضى العام فى الدولة عن تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " شرطا كان ، أم مشارطة " – كلهم ، أو بعضهم – إذا كان الإتفاق على التحكيم غير كاف لإمكان تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – كلهم ، أو بعضهم :

فإنه إذا تبين للقاضى العام فى الدولة أن بنود الإتفاق على التحكيم غير كافية لإمكان تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " – **كلهم ، أو بعضهم** – فإنه يجب عليه عندئذ أن يمتنع عن إجابة الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " إلى طلبه بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كلهم ، أو بعضهم** . ويكون الإتفاق على التحكيم غير كاف لإمكان تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " – **كلهم ، أو بعضهم** – إذا كان الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد ذكروا فيه طريقة غير واضحة المعالم لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – بحيث لايتيح للقاضى العام فى الدولة إعمالها ، أو إذا حدد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى الإتفاق على التحكيم طريقة تعيين واضحة لأعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولكنها غير قابلة للتطبيق العملى لسبب آخر غير الصياغة المعبر بها عن طريقة تعيينهم [1] .

---

(1) أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ١٧١ ص ١٦٤ ومابعدها

ظاهرا ، أو أنه غير كاف لإمكان تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - فإنه يقوم بمهمة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - على أن يكون قرار التعيين الذى يصدره عندئذ متوافقا مع إرادة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، بأن يعطى الأولوية لطرق تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم المتفق عليها بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أو يمنح الطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " الذى كان يجب عليه فى الأصل تعيين بعض أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الفرصة للقيام بهذا التعيين بنفسه .

وإذا كان المطلوب تعيينه هو المحكم الثالث ، فإنه يعطى للعضوين الأصليين فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق عى التحكيم مهلة للتشاور حول تحديد شخصية المحكم الثالث .

وفى بعض الأحيان يطلب القاضى العام فى الدولة من الطرف المحتكم " الطرف فى الإتفاق على التحكيم " أن يقوم بترشيح أكثر من شخص ، ليختار من بينهم بعض أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

إلى غير ذلك من الخيارات المتاحة للقاضى العام فى الدولة ، للفصل فى كافة الصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON : op . cit . , N . 632 . P. 553 .

وانظر أيضا :

إجراءات تدخل القضاء العام فى الدولة للفصل فى الصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - وطبيعة الأمر الصادر منه بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم :

تنص المادة (١٤٥٧) من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية على أنه :

" رئيس المحكمة يفصل فى صعوبات تشكيل هيئة التحكيم كقاضى للأمور المستعجلة وذلك بناء عل طلب أحد الخصوم ، أو بناء على طلب هيئة التحكيم بأمر لايقبل الطعن فيه .

الأمر الصادر فى طلب التعيين يجوز استئنافه إذا كان صادرا برفض تعيين المحكم لأحد الأسباب الواردة بالمادة (٣/١٤٤٤) من مجموعة المرافعات الفرنسية الجديدة ، وهى حالة البطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم ، وعدم كفاية بنود الإتفاق على التحكيم " .

ومفاد النص القانونى الوضعى الفرنسى المتقدم ، أن القاضى العام فى الدولة يتدخل بناء على طلب أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** "، أو بناء على طلب من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " جميعا ، أو بناء على طلب من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ذاتها ، وهذا الفرض الأخير يتحقق فى حالة تفويض العضوين الأصليين فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى اختيار المحكم الثالث ، إلا أنهما لايتمكنا

T G I . Paris . 11 Aout . 1983 . Rev . Arb . 1985. 86 ; T G I . Paris . 21 Fev . 1984 . precite ; T G I . Paris. 22 Mai et 23 Juin . 1987 . Rev . Arb . 1988. P. 699 et 700.

من اختياره ، فيجوز لهما معا ، أو لأحدهما عندئذ رفع الأمر إلـــى القضـــاء العام فى الدولة ، وذلك لتعيينه .

ويفصل القاضى العام فى الدولة فى طلب تعيين أعضاء هيئـــة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كلهم** ، **أو بعضهم** – كقاضى للأمور المستعجلة ، أى يفصل فى طلب التعيين ، كما لـــو كـــان يقضى فى مسألة مستعجلة ، وإن كان يصدر أمرا فـــاصلا فـــى موضـــوع الطلب (١) .

وإذا صدر الأمر من القضاء العام فى الدولة بتعيين أعضاء هيئـــة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم – **كلـــهم** ، أو **بعضهم** – فإنه يكون نهائيا لايقبل الطعن عليه بأى طريق (٢) .

أما إذا صدر الأمر من القضاء العام فى الدولة برفض تعيين أعضـــاء هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كلـــهم** ، **أو بعضهم** ، **لأن الإتفاق على التحكيم كان باطلا بطلانا ظاهرا ، أو كان غـير كاف لإمكان تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم** – فإنه يقبل عندئذ الطعن عليه بالإستئناف ، علـــى أنـــه لايجوز رفعه إلا من الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق علـــى التحكيـــم** " الذى رفض طلبه بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كلهم** ، **أو بعضهم** (٣) .

---

(١) أنظر :

DE BOISSESON : op . cit . , N . 208 . P . 170 .

(٢) فى بيان مبررات عدم جواز الطعن فى الأمر الصادر من القاضى العام فى الدولة بتعيين أعضـــاء هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – كلهم ، أوبعضهم – أنظر :

J . ROBERT : L'arbitrage . ed . 1983 . N . 151 . P . 128 , 129 ; **B . LEURENT** : L'intervention de plyette a la suite du rapport de leurent . Rev . Arb . 1992 . P . 318 .

(٣) أنظر :

والقاضى العام فى الدولة عندما يرفض تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كلهم ، أو بعضهم** – لبطلان الإتفاق على التحكيم ، فإنه لايفصل عندئذ فى صحة ، أو بطلان الإتفاق على التحكيم ، وإنما يفصل فقط فى مسألة البطلان الظاهر له . ومن ثم ، فإن قراره الصادر عندئذ برفض تعيين أعضاء هيئة التحكيم االمكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كلهم ، أو بعضهم** – لايكتسب الحجية القضائية بخصوص بطلان الإتفاق على التحكيم .

ولهذا فإن إثبات القاضى العام فى الدولة للبطلان الظاهر للإتفاق على التحكيم ، ورفضه عندئذ تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كلهم ، أو بعضهم** – لايمنع الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " صاحب المصلحة من رفع دعوى قضائية مبتدأة أمام القضاء العام فى الدولة ، للفصل فى صحة الإتفاق على التحكيم ، أو فى وجوده القانونى .

كما أن القاضى العام فى الدولة عندما يرفض الدفع المبدى من الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " ببطلان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – ويصدر أمرا بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **كلهم ، أو بعضهم** – فإن الأمر الصادر منه عندئذ يحوز الحجية القضائية ، ولكنه لايمنع نفس الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " من الطعن فى حكم التحكيم الذى يصدره عضو ، أو أعضاء هيئة التحكيم المعينون عندئذ من قبل القضاء العام فى الدولة ، فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إستنادا إلى بطلان الإتفاق على التحكيم (١) .

---

(١) أنظر : **J . ROBERT** : L'arbitrage . ed . 1983 . N . . P . 75 .

المبحث الرابع

تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى الإتفاق على التحكيم فى القانون الوضعى المصرى [1]

لم تكن مجموعة المرافعات المصرية المختلطة تفرق بين شرط التحكيم ومشارطته ، بخصوص تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أم مشارطة - وإنما جعلت للتفرقة مناطا آخر ، هو نوع التحكيم الذى قصده الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وماإذا كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ستفصل فيه وفقا لقواعد القانون الوضعى المصرى ، أم أنها كانت مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

وبناء على هذا الأساس ، تشددت بخصوص هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وأوجبت أن يكون عدد أعضائها وترا ، وأن يذكرهم الأطراف المحتكمون " **أطراف**

---

[1] فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فى القانون الوضعى المصرى ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٢١٠ ومايليه ص ٦٦٩ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى - التحكيم التجارى الدولى - بند ٣٥ ومايليه ص ٧١ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٢٥ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٧٨ ومايليه ص ٧٥ ومابعدها .

الإتفاق على التحكيم " بأسمائهم فى مشـــارطة التحكيـــم ، والتـــى تتضمـــن تفويضهم بالصلح بينهم ، أو فى عقد سابق عليها " **المادتـــان (٧٦٤) مـــن مجموعة المرافعات المصرية المختلطة ، (٧٠٥) من مجموعة المرافعـات المصرية الأهلية** " .

وبهذا ، فإن ذكر أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم جميعا بأسمائهم كان شرطا من شروط صحة مشــــارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه : " **أراد المشرع الوضعى المصـرى بـالقيد الوارد فى المادة (٧٠٥) من مجموعة المرافعات المصريـــة الأهليـــة أن يحيط المتعاقدين فى مشارطة التحكيم المفوض فيـــها المحكميـــن بـــالصلح بالضمانات التى رآها كافية لأن يكون تعيين هؤلاء المحكمين بعـــد تفكـــير وروية من المتعاقدين ، فأوجب ذكر أسمائهم فى المشارطة ، أو فـــى عقـــد سابق عليها ، وأن يكون عددهم وترا ، بخلاف مشارطة التحكيـــم العاديـــة التى لم يفوض فيها المحكمون بالصلح ، لما بين المشارطتين من اختـــلاف فى طريقة الحكم ، وإجراءات التقاضى ، فجاء نص المـــادة (٧٠٥) مـــن مجموعة المرافعات المصرية الأهية بالقيد المبين بها ، على أنه شرطا مـــن شرائط صحة المشارطة** " (١) .

كما قضى بأنه : " **لايجوز للأطراف المحتكمين فـــى التحكيـــم بـــالصلح أن يقتصروا على تعيين إثنين من المحكمين فى المشارطة ، ويتركوا للمحكمـــة أمر تعيين المحكم الثالث . كما لايجوز للمحكمة أن تعين محكما غير الـــذى اختاره الأطراف المحتكمين ، إذا امتنع عن قبول التحكيم ، أو منعه مانعـــا**

---

(١) أنظر : حكم محكمة إستئناف مصر – الصادر فى ١٩٣٢/١٢/٢٥ – المحاماه المصرية – الســنة ١٣ – ص ١٠٠٥ .

من أداء مأموريته ، أو إذا تنحى عن تأدية مانيط به ، وإلا كانت مشـــارطة التحكيم عندئذ باطلة " [١] .

وقضى بأنه : " تبطل مشارطة التحكيم إذا تم تعيين المحكم الثالث فى عقـــد لاحق لعقد المشارطة ، لاشتراط القانون الوضعى المصرى بجلاء أن تكـــون أسماء المحكمين واردة فى مشارطة التحكيم ، أو فى عقد سابق ، لا لاحـــق عليها " [٢] .

كما قضى بأنه : " حكم المادة (٧٠٥) مـــن مـــن مجموعـــة المرافعـــات المصرية الأهلية يكون من النظام العام فى القـــانون الوضعـــى المصـــرى ومخالفته توجب بطلان مشارطة التحكيم بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العـــام فى القانون الوضعى المصرى . ومن ثم ، لايصححـــه حضـــور الأطـــراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " أمام المحكمين الذيـــن لـــم يتـــم تعيينهم بالطريقة المنصوص عليها فى المادة المذكورة " (٣) .

---

(١) أنظر : حكم محكمة الزقازيق – الصادر فى ١٩٢٧/١١/١٦ – المحاماه المصرية – الســـنة ٨ – ص ٥٤١ ، حكم محكمة الزقازيق – الصادر فى ١٩٣٢/١١/١٤ – المحاماه المصرية – الســـنة ١٣ – ص ١٠٢٩ ، حكم محكمة إستئناف مصر – الصادر فى ٢٥ /١٩٣٢/١٢ – المحاماه المصرية – السـنة ٣٢ – ص ١٠٠٥ ، حكم محكمة إستئناف مختلط – الصادر فى ١٩٣٥/١١/٢١ – المحاماه المصريـــة – الســـنة ١٧– ص ٣٥٥ .

(٢) أنظر : حكم محكمة مصر الإبتدائية الأهلية – الصادر فى ١٩٣١/٥/١٧ – المحامـــاه المصريـــة – السنة ١١ – ص ٨٧٦ ، حكم محكمة منوف الجزئية – الصادر فى ١٩٤٤/٢/٢٠ – المحاماه المصريـــة – السنة ٢٦ – ص ٢٨٤ .

(٣) أنظر : حكم محكمة إستئناف مصر – الصادر فى ١٩٣٢/١٢/٢٥ – سابق الإشارة إليـــه ، حكـــم محكمة محكمة بها الجزئية – الصادر فى ١٩٣٣/١٠/٢٤ – المحاماه المصرية – ١٤ – ص ١٥٠ ، نقـــض مدنى مصرى – جلسة ١٩٣٤/١٢/٢٠ – المحاماه المصرية – ١٥ – ص ١٨٠ .

أما بالنسبة لنظام التحكيم بالقضاء " **التحكيم العادى** "، فإنه لاقيد على حرية الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بشأن تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم .

ومن ثم ، فإنه يصح الإتفاق عليه ، دون تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مع بيان طريقة تعيينهم ، أو عدم بيانه [1] .

فإذا لم يعين الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مشارطة التحكيم ، ولم يتفقوا على طريقة تعيينهم لحظة نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو إذا اتفقوا ، وامتنع أحد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن تأدية ما نيط به ، أو تعذر عليه القيام بذلك ، فإن أمر تعيينه يكون من سلطة المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بناء على طلب الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " صاحب المصلحة فى التعجيل بتعيين عضو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " **المادتان (٧٩٦) من مجموعة المرافعات المصرية المختلطة (٧٠٧) من مجموعة المرافعات المصرية الأهلية** " .

وترتيبا على ذلك ، فإن تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى نظام التحكيم بالقضاء " **التحكيم العادى** " لايعد شرطا من شروط صحة الإتفاق على التحكيم . وخلو مشارطة التحكيم

---

(١) أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – الطبعة الثانية – ١٩٢٧ – المطبعة العالمية بالقاهرة – بند ٩٤٤ ص ٧٣٣ ، عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – الطبعة الثانية – سنة ١٩٢٣ – مطبعة الإعتماد بالقاهرة – بند ١٣٦٧ ص ٩٢٠ .

المبرمة بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من البيان الخاص بأشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايبطلها .

وتطبيقا لما تقدم ، فقد قضى بأنه : " **إذا لم يعين المحكمون فى عقد التحكيم واكتفى بالرجوع إلى قانون المرافعات المصرى ، فإن العقد يكون صحيحا . وإذا حصل نزاعا ، رجعوا إلى المحكمة المختصة أصلا بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، طبقا للمادة (٧٠٧) من مجموعة المرافعات المصرية الأهلية** " (١) .

وقد كانت المادة (٨٢٤) من مجموعة المرافعات المصرية السابقة - رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ - تنص على أنه :

" **لايجوز التفويض للمحكمين بالصلح ، ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم فى المشارطة المتضمنة لذلك ، أو فى عقد سابق عليها** " .

وهى صياغة تكاد تكون مطابقة لصياغة نص المادتين (٧٩٤) من مجموعة المرافعات المصرية المختلطة ، (٧٠٥) من مجموعة المرافعات المصرية الأهلية . ومن ثم ، فقد ظلت كافة المبادئ ، والحلول القضائية التى تحكم تعيين أعضاء هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، كما كانت عليه فى ظل مجموعة المرافعات المصرية المختلطة ، وظل الإلتزام بذكر أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مشارطة التحكيم ، أو فى عقد سابق عليها ، شرطا من شروط صحتها ، لأن المشرع الوضعى المصرى أراد أن يحيط المتعاقدين فى مشارطة التحكيم التى

---

(١) أنظر : حكم محكمة الأسكندرية الجزئية - الصادر فى ١٩١٣/١/١٤ . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : عبد الحميد أبو هيف - طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ٩٢١ - الهامش رقم (٣) .

فوضوا فيها أعضاء هيئة التحكيم بالصلح بينهم بضمانات كافية ، للتحقق من أن تعيين هؤلاء قد جاء بعد تفكير ، وروية ، حرصا على حقوقهم ، ولخطورة النتائج المترتبة على مثل هذا النوع من التحكيم [١] .

وترتيبا على ذلك ، فقد استمرت محكمة النقض المصرية فى اعتناق نفس المبدأ الذى قررته فى حكم ١٩٣٤/١٢/٢٠ – **والسابق الإشارة إليه** – فقضت بأنه : " **نص المادة (٨٢٤) من قانون المرافعات المصرى القائم – وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض المصرية – يتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، ومخالفته موجبة لبطلان الحكم الذى يصدره المحكمون الذين لم يعينوا طبقا له بطلانا مطلقا ، لايزيله حضور الأطراف المحتكمين أمام هؤلاء المحكمين ، ومادام القانون الوضعى المصرى لايجيز أن يعين محكما مصالحا ، مالم يتفق عليه الطرفان المتنازعان** " [٢] .

كما استمرت نفس الحلول بالنسبة للتحكيم بالقضاء " **التحكيم العادى** " .

وظلت حرية الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بلا قيد بشأن تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** [٣] .

ومن ثم ، يصح الإتفاق على التحكيم فى نظام التحكيم بالقضاء " **التحكيم العادى** " ، دون تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مع بيان طريقة تعيينهم ، أو عدم بيانها .

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم بالقضاء ، وبالصلح – بند ٦٨ ص ١٥٤ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٧/٥/١٨ – فى الطعن رقم (٢٤٩) – لسنة (٣٣) ق – مجموعة المبادئ – س (١٨) – ص ١٠٢١ .

(٣) أنظر : محمد العشماوى ، وعبد الوهاب العشماوى – قواعد المرافعات فى القانون المصرى ، والمقارن – الجزء الأول – ١٩٥٧ – مكتبة الآداب بالقاهرة – بند ٢٤٥ ص ٢٩٧ .

فإذا لم يتفقوا على تعيينهم عند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو اتفقوا ، ولكن امتنع واحد منهم ، أو أكثر عن العمل ، أو اعتزله ، أو قام مانعا من مباشرته له ، أو عزل عنه ، ولم يكن بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " شرطا خاصا يواجه مثل هذه الحالات ، فإن ولاية تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **وجميع هذه الحالات** – تكون للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وتطبيقا لما تقدم ، فقد قضى بأنه : " **إذا لم ينص فى مشارطة التحكيم على تفويض المحكمين بالصلح ، فإنهم يكونوا محكمين بالقضاء ، ومن ثم لاحاجة لما تتطلبه المادة (٨٢٤) من قانون المرافعات المصرى من ذكر المحكمين بأسمائهم فى مشارطة التحكيم ، لأن هذا البيان لايكون واجبا إلا حيث يكون المحكمون مفوضين بالصلح** " [١] .

وقد كانت المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – تنص على أنه :

" **مع مراعاة ماتقضى به القوانين الخاصة يجب تعيين أشخاص المحكمين فى الإتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل** " .

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٥/٢/٢٥ – فى الطعن رقم (٦٠) – لسنة (٣٠) ق – مجموعة المبادئ – س (١٦) – ص ٢٢٠ ، ١٩٦٥/٦/١٧ – فى الطعن رقم (٤٠٦) – لسنة (٣٠) ق – مجموعة المبادئ – س (١٦) – ص ٧٧٨ ، ١٩٦٥/٦/١٧ – فى الطعن رقم (٣٦٥) – لسنة (٣١) ق – مجموعة المبادئ – س (١٦) – ص ٧٨٧ . فى بيان موقف مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ من مسألة تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – بند ٨١ ، ٨٢ ص ٧٧ ، ٧٨ .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المصرى ، لتبرير ماتقدم : " **أوجب المشرع فى المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ تحديد أسماء المحكمين فى الإتفاق على التحكيم ، أو فى اتفاق مستقل ، وذلك مع مراعاة أحكام القوانين الخاصة فى هذا الشأن ، إذ أن الثقة فى حسن تقدير المحكم وفى حسن عدالته هى فى الأصل مبعث الإتفاق على التحكيم** " .

وتعليل المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المصرى المشار إليه لهذا الحكم إنما يتفق مع حقيقة المقصود من نظام التحكيم ، وهو الإستغناء به عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات – **وأيا كان موضوعها** – إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص .

ذلك أنه كثيرا ماتكون الثقة فى حسن تقدير أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفى حسن عدالته ، هى مبعث الإتفاق على التحكيم . ومن هذا الإتفاق ، ينبثق حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

المشكلات العملية التى أثارها نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بصدد تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة :

أثار نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** –

العديد من التساؤلات ، سواء فى نطاق المنازعات الداخلية ، أم فـــى نطــاق المنازعات الخاصة الدولية . خاصة ، وأن قانون المرافعات المصرى الحـالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ لم يتضمن نصا قانونيا وضعيا مقابلا لنص المـــادة (٨٢٥) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسـنة ١٩٤٩ - والتى **كانت تخول للقضاء العام فى الدولة سلطة اختيـــار أعضـــاء هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " كلهم ، أو بعضـــــــــــــــــــــــــــــــهم**

" - عند عدم اتفاق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيـــم** " ، أو قيام مانعا يحول دون مباشرة هيئة التحكيم المكلفة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لمهمتها التحكيمية ، كأن يرفض أحد الأطـراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " إختيار عضـــوا بهيئـــة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو إذا لـــم يتفـــق المحكمان الأصليان فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم على اختيار المحكم المرجح ، أو إذا تم تعييـــن عضـــوا بهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيـــم ، ولكنه لم يقبل مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، أو كان قد اعتزل العمـــل ، أو عزل عنه ، أو وجد مانعا من مباشرته لعمله - **كأن توفى ، أو أصابه مرضا خطيرا .**

كما يدخل فى ذلك أيضا ، حالة ماإذا اتفق الأطراف المحتكمـــون " **أطـراف الإتفاق على التحكيم** " على أن يقوم كل طرف منهم باختيار عضوا فى هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيـــم ، مـــع تفويض من يختاروهم من أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم باختيار المحكم المرجح ، ولـــم يقـــم أحدهـــم باختيار عضوا بهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـى التحكيم ، أو قام كل طرف محتكم " **الطرف فـــى الإتفـــاق علـــى التحكيـــم** "

باختيار عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولم يصل من اختاروهم أعضاء فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى اتفاق بشأن المحكم المرجح ، كما لم يتفق عليه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ويدخل فى ذلك أيضا ، حالة ماإذا فوض الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " شخصا من الغير ، أو هيئة لاختيار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولم يقم هذا الشخص ، أو تلك الهيئة بالإختيار .

وكذلك ، حالة ماإذا لم يتفق الأطراف المحتكمون " أ**طراف الإتفاق على التحكيم** " على أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو يفوضوا الغير فى تعيينهم .

ولم تواجه المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - هذا الوضع ، وكان هذا مقصودا من المشرع الوضعى المصرى ، إذ أغفل نصا قانونيا وضعيا كانت تتضمنه مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) **لسنة** ١٩٤٩- وهو نص المادة (٨٢٥) ، والذى كان ينص على أنه :

" إذا وقعت المنازعة ولم يتفق الخصوم على المحكمين أو امتنع واحدا أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزل العمل أو قام مانعا من مباشرته له أو عزل عنه ولم يكن بين الخصوم شرطا خاصا عينت المحكمة التى يكون من اختصاصها أصلا الحكم فى تلك المنازعة من يلزم من المحكمين ، وذلك بناء على طلب من يهمه التعجيل بحضور الخصم الآخر ، أو فى غيبته ، بعد تكليفه بالحضور . ويجب أن يكون عدد من

تعينهم المحكمة مساويا للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكملا له . ولايجوز الطعن فى الحكم الصادر بذلك بالمعارضة ، ولا بالإستئناف " [1] .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، هو منح المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم الكامل فى تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - فى كل الأحوال التى يتطلب فيها الأمر ذلك ، مع ملاحظة أن الأحوال الواردة فيه قد أتت على سبيل المثال ، لا على سبيل الحصر . ومن ثم ، كان يجوز لتلك المحكمة تعيين عضوا بهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بدلا من عضو آخر سبقت وفاته ، أو تم توقيع الحجر عليه ، أو أشهر إفلاسه ، أو عزله جميع الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو اعتذر عن العمل ، أو امتنع عنه ، أو حكم بعدم صلاحيته لنظر خصومة التحكيم ، إلى غير ذلك من الأسباب التى تحول بين عضو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وبين مباشرته لمهمة التحكيم .

والحكم القضائى الصادر بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - لم يكن يقبل الطعن فيه بالمعارضة ، ولا بالإستئناف ، بشرط أن يكون المدعى عليه قد أعلن إعلانا صحيحا بالحضور .

---

(١) فى بيان أحكام تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - بواسطة المحكمة المختصة أصلا بنظره فى مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ ، أنظر : **عبد المنعم الشرقاوى** - شرح المرافعات - بند ٤٥٦ ص ٦٢٥ ، **محمد كمال عبد العزيز** - تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقه المقارن - ص ٧٥٠ ، ٧٥١ ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٨١ ، ٨٢ ص ٧٧ ، ٧٨ .

أما إذا كان قد أعلن إعلانا باطلا ، فيكون الحكم القضائى الصادر فى الدعوى القضائية عندئذ مبنيا على إجراء باطل ، وقابلا للطعن عليه بالإستئناف ، وعلى سبيل الإستثناء ، عملا بالمادتين (٣٩٦) من مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ ، (٢٢١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ .

كما كان يجوز الطعن فى الحكم القضائى الصادر برفض تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم** ، أو **بعضهم** - لأى سبب كان .

وقد ثار التساؤل حول مصير التحكيم الذى لم يتم فيه إختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ؛ أم مشارطة - وفقا لنص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** - أو قيام مانعا يحول دون قيام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بمباشرة مهمة التحكيم .

وبمعنى آخر ، ماالحل إذا تضمن شرط التحكيم أن يكون لكل من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إختيار عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو لم يختر العضوان الأصليان فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم المحكم المرجح ، ونشأ النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وامتنع الطرف فى الإتفاق على التحكيم عن تعيين عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو لم يتفق العضوان الأصليان فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على المحكم المرجح ؟ .

كذلك ، ماالحل إذا كان قد تم تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ورفض عضو هيئة التحكيم المعين مباشرة مهمته ، أو اعتزل ، أو توفى ، أو حكم برده ، أو وجد به أى مانع يحول دون مباشرته لمهمة التحكيم ؟ .

فضلا عن التساؤل المثار بشأن الجزاء الواجب تطبيقه عند عدم احترام نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – وهل هو البطلان ؟ . وإذا كان الجزاء هو البطلان ، فما هو طبيعة هذا البطلان ؟ . أهو بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، أم يكون بطلانا نسبيا ، متعلقا بالمصلحة الخاصة للأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ؟ .

وقبل الإجابة على هذه التساؤلات ، فإننا سنتناول المقصود بتعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – فى اطار نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [1] .

---

(١) فى بيان المقصود بتعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة – وفقا لنص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٢١ ومايليه ص ٦٧٢ ومابعدها ، على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٨٥ ، ٨٦ ص ٧٩ ومابعدها .

وهل يجب تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأسمائهم فى الإتفاق على التحكيم ؟ . أم يكفـــى تعيينهم بصفاتهم ؟ . ومدى إمكانية الإتفاق بين الأطراف المحتكمين " **أطـراف الإتفاق على التحكيم** " على تفويض من يختارهم ؟ .

تنص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحـــالى رقـــم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قـــانون التحكيـــم المصـــرى رقـــم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة** - على أنه :

" **ومع مراعاة ماتقضى به القوانين الخاصة يجـــب تعييـــن أشـــخاص المحكمين فى الإتفاق على التحكيم أو فى اتفاق مستقل** " [1] ، (٢) .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أنه يجب تعيين أشـــــخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - سواء فى نفس الإتفاق على التحكيـــم ، أو فـــى اتفاق مستقل .

فإن خلا شرط التحكيم من الإتفاق على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفـة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يمكن أن يـــرد هـــذا الإتفاق فى مشارطة التحكيم . وإن خلت مشـــارطة التحكيـــم المبرمـــة بيـــن

---

(١) وقد عللت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المصرى هذا الحكم بأنه : " الثقة فى حســـن تقدير الحكم ، وفى حسن عدالته هى فى الأصل مبعث الإتفاق على التحكيم "

(٢) وقد أثارت صياغة نص المادة (٣/٥٠٢) من مجموعة المرافعات المصرية الصادرة رقـــم (١٣) لسنة ١٩٦٨ من المشاكل مالم يثره أى نص قانونى فى قانون المرافعات المصرى - سواء فى نطاق المنازعـات الداخلية ، أم فى نطاق المنازعات الخاصة الدولية - فى بيان جانب من هذه المشاكل ، ومحاولة وضع حلـــول لها ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشـــار إليـــها - بنـــد ٨٤ ومايليـــه ص ٧٩ ومابعدها .

الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " منه ، فإنه يمكن أن يرد عندئذ بعد ذلك فى اتفاق لاحق بين الأطراف المحتكمين " أطـــراف الإتفـــاق على التحكيم " [1] .

فيستوى أن يتم الإتفاق على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى صلب الإتفـــاق علـــى التحكيـــم – شرطا كان ، أم مشارطة – أو يتم فى اتفاق مستقل بين الأطراف المحتكميـــن " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

ويستوى أن يكون هذا الإتفاق المستقل بين الأطراف المحتكميـــــن " أطـــراف الإتفاق على التحكيم " سابقا للعقد ، أو تاليا له [2] .

فالمهم هو تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء تم ذلك فى الإتفاق على التحكيم ذاتـــه أم فى اتفاق مستقل بين الأطـــراف المحتكميـــن " أطـــراف الإتفـــاق علـــى التحكيم " [3] .

كما يستوى أن يكون نظام التحكيم المختار بواسطة الأطـــراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " هو تحكيما بالقضاء " التحكيم العـــادى "

---

[1] أنظر : فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – الطبعة الثانية – ١٩٧٥ – دار النهضة العربيـــة بالقاهرة – ص ٧١٨ ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الطبعـــة الثالثـــة – ١٩٩٣ – بنـــد ٤٢٢ ص ٩١٥ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – ص ٢٣٣ ، أحمد محمـــد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – الرسالة المشـــار إليـــها – ص ١٨٧ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٤٨٨ – ص ٤٣ ، أســـامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤٣٧ .

[2] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٤٣ .

[3] أنظر : أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائيـــة ، والإختصـــاص الرسالة المشار إليها – ص ١٨٧ .

كان تحكيما مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [1] .

ويمكن في شرط التحكيم الإكتفاء فقط بتحديد الأسس التى تؤخذ في الإعتبار عند تحديد أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كأن يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على أنه وعند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " يقوم كل طرف منهم باختيار عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ومن يتم اختيارهم على هذا النحو يشتركون جميعا فى اختيار المحكم الثالث ، أو يتركوا للعضوين الأصليين في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – والمختارين سلفا – إختيار العضو الثالث من أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ويكون هذا الإتفاق صحيحا باعتباره توكيلا من كل طرف من الأطراف المحتكمين لعضو هيئة التحكيم الذى اختاره ، للإتفاق مع أعضاء هيئة التحكيم الآخرين على تعيين العضو الثالث من أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [2] .

---

(1) فصياغة نص المادة (٣/٥٠٢) من مجموعة المرافعات المصرية الحالية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ قد ألغت التفرقة التى كانت قائمة فى ظل مجموعة المرافعات المصرية السابقة رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ بين نظامى التحكيم بالقضاء " التحكيم العادى " ، والتحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، فيما يتعلق بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى الإتفاق على التحكيم – شرطا كان ، أم مشارطة .

(٢) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٤٣٩ ص ٩٠٩ ، إختيار المحكمين فى القانون المصرى – ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط بالقاهرة – يناير ١٩٨٩ – ص ٣ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٥٥ ص ١٥٧ ،

ومن الجائز تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بصفاتهم ، إذا كانت هذه الصفات تصلح لتحديد أشخاصا معينين بذواتهم (١) .

فإذا كان من الطبيعى أن الإتفاق على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إنما يتم أساسا بتحديد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " لأسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم – أى أن يتم تعيين **أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بذواتهم** – فإنه لايكون هناك مانعا من تعيينهم بصفاتهم – **كرئيس غرفة تجارية معينة مثلا** (٢) – بشرط أن يتضمن تحديدا لصفات قاطعة الدلالة على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بحيث لايمكن توافرها إلا فى أشخاص معينين ، أى أنه يجوز تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة

محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ص ١٠٠ ، محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، والقضاء – ١٩٧٨ – مكتبة وهبة بالقاهرة – ص ٧٤٩ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٧ ص ٤٦ .

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة .

(٢) أنظر : محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ص ١٠٠ ، محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات – ص ٧٤ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٧ ص ٤٦ ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٨ ، فتحى والى – إختيار المحكمين فى القانون المصرى – المقالة المشار إليها – ص ٢ ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ص ٩١ ، أسامة الشناوى – المحاكم الخاصة فى مصر – الرسالة المشار إليها – ص ٤٣٧ ، محمود محمد هاشم – القواعد العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٥٥/٩ .

بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بصفاتهم ، إذا كانت هذه الصفات تصلح لتحديد أشخاصا معينين بذواتهم .

فالإتفاق على التحكيم يكون صحيحا ، ولو لم يتضمن تحديدا لأسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا تضمن تحديدا لصفات قاطعة الدلالة على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بحيث لايمكن توافرها إلا فى أشخاص معينين - **كأن يقال مثلا نقيب المحامين الحالى ، أو نقيب المهندسين الحالى مثلا** - فإن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بتحديدهم لهذه الصفات القاطعة الدلالة على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، يكونوا قد استوفوا شرط تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم [١] .

أما إذا ذكر الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى الإتفاق على التحكيم صفات معينة لأعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يمكن أن تتوافر فى أكثر من شخص - **كمهندس زراعى ، أو عضو مجلس نقابة معينة مثلا** - فإن الإتفاق على التحكيم عندئذ يكون باطلا ، لعدم تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم [٢]

---

(١) فى بيان كيفية اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بواسطة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، أنظر : **عاطف محمد راشد الفقى** - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ٢٨٢ ومابعدها .

(٢) أنظر : **محمود محمد هاشم** - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/٥٥ ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٨٦ ص ٨٠ .

وإذا اختير شخصا ما عضوا في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع **الإتفاق على التحكيم ، وكان وقت الإتفاق على التحكيم شاغلا لوظيفة ما – كما لو كان نقيب المحامين ، أو عميدا لكلية الحقوق مثلا –** وكان المنصب شاغرا عند تقديم طلب التحكيم من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو من أحدهم ، فإنه يتولى مباشرة مهمة التحكيم عندئذ من يشغل الوظيفة – **كوكيل الكلية القائم مقام العميد ، بسبب إنتهاء مدته ، وعدم اختيار من يحل محله بعده – إذا كانت نية الأطراف** المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " قد ارتبطت بالوظيفة ذاتها ، دون الشخص نفسه . أما إذا كانت نيتهم قد اتجهت إلى الشخص نفسه المختار كعضو في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه هو وحده الذي يصح أن يباشر عندئذ مهمة التحكيم ، حتى ولو ترقى ، أو استقال من منصبه لحظة تحريك إجراءات التحكيم [1] .

ويجوز أن يختار كل طرف محتكم " **الطرف في الإتفاق على التحكيم** " اختيار عضوا من أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ومن يتم اختياره على هذا النحو من أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إختيار المحكم المرجح ، ويكون هذا الإتفاق صحيحا ، باعتباره توكيلا من كل طرف محتكم " **الطرف في الإتفاق على التحكيم** " لعضو هيئة التحكيم الذي اختاره ، للإتفاق مع أعضاء هيئة التحكيم الآخرين على اختيار المحكم المرجح [2] .

---

(1) أنظر : فتحي والي – الوسيط في قانون القضاء المدني – بند ٤٣٩ ص ٩٠٩ ، علي بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٨٦ص ٨٠ ، ٨١ ، إختيار المحكمين في القانون المقالة المشار إليها – ص ٣ .

كما يمكن أن يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على تخويل شخص معين باسمه ، أو بصفته باختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] ، سواء كان هذا الشخص طبيعيا – **كأن يتفق على تفويض نقيب المهندسين الحالى ، أو رئيس محكمة معينة من محاكم الدولة** – أم كان شخصا إعتباريا – **كالمجلس الأعلى للغرف التجارية مثلا .**

ومن الجائز الإتفاق على تخويل المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [2] .

فإذا قام الشخص الطبيعى ، أو الإعتبارى المفوض باختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كان اختياره صحيحا [3] .

وإذا تم اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من قبل الهيئة المفوضة فى هذا الإختيار ، ولكن رفض الأشخاص المعينون كأعضاء فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عندئذ مباشرة مهمة التحكيم ، أو قام فيهم

---

(٢) أنظر : فتحى والى – الإشارة المتقدمة .

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٩ ص ٥٤ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ص ٩٠٩ ، إختيار المحكمين فى القانون المصرى – المقالة المشار إليها – ص ٣ ، محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ص ١٠٠ ، محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات – ص ٧٤٩ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٩ ص ٥٤ .

جميعا ، أو فى أحدهم مانعا يحول دون قيامهم ، أو قيامه بمباشرة مهمة التحكيم ، فإنه يكون من الواجب أيضا تطبيق قواعد هذه الهيئة ، فيما يتعلق باختيارهم ، أو اختياره ، لأن التفويض فى الإختيار ، يشمل أيضا التفويض فى اختيار من يحل محل أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفقا لما تنص عليه قواعد هذه الهيئة (١) ، (٢) .

وبهذه المناسبة ، فإن البعض قد أثار التساؤل حول مدى إمكان أن تكون هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم شخصا معنويا ؟ . ويرون أنه يجب التفرقة بين ماإذا كان دور الشخص المعنوى يقتصر عندئذ على مجرد إدارة التحكيم ، وتنظيمه ، أم أنه يتولى إصدار حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فيكون الشخص المعنوى هو محل الإعتبار فى حكم التحكيم الصادر عندئذ ، دون شخصية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ويعتبر مثلا لذلك ، هيئات التحكيم الدائمة ، والمنتشرة فى جميع أنحاء العالم - كغرفة التجارة الدولية بباريس .

فالمشرع الوضعى حينما يقرر جواز تعيين شخصا معنويا كهيئة تحكيم تكلف بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - فإنه يشترط أن يقتصر دوره على مجرد تنظيم التحكيم ، وإدارته ، لأنه يكون من الضرورى عندئذ معرفة من

---

(١) أنظر : فتحى والى - إختيار المحكمين فى القانون المصرى - المقالة المشار إليها - ص ١٠ .

(٢) فى دراسة اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بواسطة الغير - سواء بواسطة مراكز التحكيم المؤسسى ، أم بواسطة سلطة تعيين معينة ، بواسطة المحاكم القضائية ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات ... الرسالة المشار إليها - ص ٢٨٧ ومابعدها .

أصدر حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ومـــن الـــذى يتحمل مسئوليته (١) .

ويرى جانب آخر من فقه القـــانون الوضعـــى المقـــارن أن النصـــوص التشريعية لم تتناول هذا الفرض ، وأنه من المناســـب القـــول ببطـــلان هـــذا الإتفاق .

إذ أن النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم حينما تتكلم عن الشـــروط المطلوبة فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إنما تتكلم عن الشخص الطبيعى ، إســـتنادا إلـــى مايشـــترطه المشرع الوضعى فى أعضاء هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من شروط تمام الأهلية ، وعدم القصر ، وعـــدم الحجر ، وعدم الحرمان من الحقوق المدنية ، بسبب العقوبات الجنائية .

فإذا ورد بشرط التحكيم ذكر هيئة معينة ، فلا يفسر الشرط بأن هـــذه الهيئـــة هى التى تتولى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وإنما يعنـــى أنها تدير هذا النزاع منذ بدء الإجراءات ، وحتى الفصل فيه بحكـــم تحكيـــم حاسم .

أما إذا نص الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى شـــرط التحكيم على أن تتولى هيئة معينة الفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى الحكيم . بمعنى ، أن شخصية هيئة التحكيم المكلفـــة بـــالفصل فـــى الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاتكون محل اعتبار عند إصدار حكم التحكيـــم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو اختيار أشخاص أعضاء هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كان شـــرط التحكيم المبرم على هذا النحو بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " باطلا ، إستنادا إلى ماكانت تنص عليـــه المـــادة (٥/٥١٢) مـــن

---

(١) أنظر :

DAVID RENE : L'arbitrage commercial international . P. 341 .

قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة **بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - من جواز رفع الدعوى القضائية الأصلية** المبتدأة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا صدر من محكمين لم يعينوا طبقا للقانون .

فضلا عن أن المشرع الوضعى يشترط أن يعين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بعدد فردى . فإذا فوضت الهيئة ، أو المنظمة للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وكان الشرط منصرفا إلى تعدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عندئذ باطلا ، لأن الهيئة تكون شخصا واحدا ، مهما تعدد الأفراد المحكمين لها ، والذين تعينهم للفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم (١) .

ونرى أنه لابأس من الإقتداء بأسلوب التحكيم المقيد الدولى المذكور فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، بشأن المنازعات بين أشخاص القانون الخاص ، لأن ذلك يحل كثيرا من مشاكل تنفيذ شرط التحكيم .

فيكفى تحديد الوسيلة التى يتم بها اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كأن يتفق على أن يعهدوا

---

(١) أنظر : رضا محمد إبراهيم عبيد - شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - المقالة المشار إليها - ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ .

بذلك إلى رئيس هيئة معينة ، بحيث يقوم هذا الأخير باختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [١] .

ذلك أنه من المتصور تفويض الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " شخصا ثالثا فى اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء كان هذا الشخص الثالث طبيعيا ، حدد باسمه ، أم بصفته – **كنقيب المهندسين** ، أو **رئيس محكمة معينة مثلا** – أم كان شخصا إعتباريا ، ممثلا لهيئة من الهيئات [٢] .

وكما يكون تفويض الشخص الثالث صريحا ، فإنه يمكن أن يكون ضمنيا ، كما لو اتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على تحكيم بواسطة هيئة معينة ، ووفقا لقواعد هذه الهيئة ، إذا كانت هذه القواعد تنظم وسيلة اختيار أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أى إذا كانت قواعد هذه الهيئة تنص على طريقة معينة لاختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بالنسبة للتحكيم الذى يتم بواسطتها ، بحيث إذا عينت الهيئة من يتولى التحكيم وفقا لقواعدها ، فإن من عينتهم من أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يعتبرون قد تم اختيارهم وفقا لصحيح أحكام القانون .

إذ يحمل هذا الإتفاق على أنه يتضمن تفويض هذه الهيئة سلطة اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وفقا لتلك القواعد .

---

(١) أنظر : **أحمد محمد مليجي موسى** – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – الرسالة المشار إليها – ص ١٨٨ .

(٢) أنظر : **فتحى والى** – إختيار المحكمين فى القانون المصرى – المقالة المشار إليها – ص ٣٣ .

ومثال ذلك ، أن يتضمن الإتفاق على التحكيم التحكيم بواسطة مر[illegible]ة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى (١) ، أو بواسطة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس (٢) ، هذا ولو اتفق على أن يتم التحكيم فى مصر (٣) .

بمعنى ، أنه من الجائز أن يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على إجراء التحكيم فى مصر ، وفقا لقواعد التحكيم التى ينص عليها نظام إحدى هيئات ، أو مؤسسات التحكيم الدائمة ، والمنتشرة فى جميع أنحاء العالم . فعندئذ ، تطبق هذه القواعد ، فيما يتعلق باختيار أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم

---

(١) حول كيفية اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى نظام المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة ، أنظر : سامية راشد – التحكيم فى إطار المركز الإقليمى ، ومدى خضوعه لأحكام القانون المصرى – ١٩٨٤ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٦٥ ومابعدها ، إبراهيم أحمد إبراهيم – تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية – مقالة منشورة بالمجلة المصرية للقانون الدولى – المجلد السابع ، والثلاثون – ١٨١ – ص ٢٦ ومابعدها .

(٢) فى بيان كيفية تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى نظام هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ، أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم – تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية – ص ١١٥ ومابعدها ، سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – بند ٧١ ص ١٢١ .

(٣) أنظر :أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٧٠ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٤٣٩ ص ٩١٠ ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ص ٩١٠ ، ، إختيار المحكمين فى القانون المصرى – المقالة المشار إليها – ص ٣ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١/٥٥ ص ١٦٨ ، ١٦٩ ، هشام صادق – مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية – ١٩٨٧ – الدار الفنية للطباعة ، والنشر بالقاهرة – بند ١٠ ص ١٧ ، ١٨ .

باعتبار أن الإشارة إلى هيئة ما ، يعنى التفويض فى اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم (١) ، (٢) .

وتفويض الوكيل بالإتفاق على التحكيم ، يجيز له الإتفاق على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ذلك أن الإتفاق على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لايعتبر حقا شخصيا للطرف المحتكم نفسه بحيث إذا كان الوكيل مفوضا بالإتفاق على التحكيم ، فإنه يملك الإتفاق مع الأطراف المحتكمين الآخرين على تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بأشخاصهم ، أو بصفاتهم ولكن إذا لم يكن الوكيل مفوضا بالإتفاق على التحكيم ، وكان الإتفاق على التحكيم قد أبرم بواسطة الطرف المحتكم نفسه ، فإن الوكيل لايملك عندئذ الإتفاق على تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلا بموجب تفويض خاص من الموكل فى هذا الشأن .

وإن كان هناك من ذهب إلى أنه وبمقتضى نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - يجب تحديد أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على

---

(١) أنظر : فتحى والى - إختيار المحكمين فى القانون المصرى - المقالة المشار إليها - ص ١٠ .

(٢) فى بيان كيفية تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - عند الإلتجاء إلى مراكز التحكيم ، وهيئاتها الدائمة ، سواء فى ذلك مبدأ قبول الإلتجاء إلى مراكز التحكيم الدائمة ، والنتائج المترتبة على الإلتجاء إليها ، والمشاكل الخاصة التى يثيرها الإلتجاء إليها بوصفها سلطة تعين لأعضاء هيئة التحكم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٠١ ومايليه ص ٩٥ ومابعدها .

التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - لأن نظام التحكيم ينبنى على الثقة ... أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفى حسن عدالتهم ، ولتفادى الصعوبات التى يمكن أن تثور بسبب الإختلاف على تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فيما بعد ، وأنه لايوجد تحكيما ، ولو لم تكن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، إن لم يتفق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحـ... وأنه لاقيمة لاتفاق على التحكيم لايتفق الأطراف المحتكمون فيه ، أو ورقة لاحقة ، أو سابقة على أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [١] . وأن هذا هو مايتفق مع دلالة نص المادة (٣/٥٠٢) من مجموعة المرافعات المصرية الحالية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، والحكمة التى شرع من أجلها نظام التحكيم كبديل عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماالستثنى بنص قانونى وضعى خاص [٢] .

وقد تساءل جانب من فقه القانون الوضعى المصرى أنه لو طبق نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة**

---

(١) أنظر : رمزى سيف - الوسيط - بند ٦٧ ص ٧٥ ، أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٧ ص ٤٦ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - ١٩٨٥ - مطبوعات نادى القضاة بالقاهرة - ص ١١٢٧ .

(٢) أنظر : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - الإشارة المتقدمة .

١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - على شرط التحكيم ، فإن ذلك سوف يلزمنا بذكر أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى شرط التحكيم ، مما يبدوا مستحيلا ، باعتبار أن شرط التحكيم هو وعدا بالتعاقد ، مما يجعلنا لانعلم متى ينشأ النزاع موضوع شرط التحكيم ، ولا أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، وأنه ولئن كان لايوجد مايحول من الناحية النظرية دون تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع شرط التحكيم ، فإن هذه التسمية تفقد أهميتها من الناحية العملية ، إذ أن اختصاص أعضاء هيئة التحكيم المعينين فى شرط التحكيم ، إنما يكون للفصل فى نزاع محتمل ، قد يقع ، وقد لايقع ، كما لايوجد مايضمن إستمرارهم على قيد الحياة ، أو احتفاظهم بأهلية التحكيم عندما ينشأ النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بعد مدة طويلة (١) .

ولكننا لانرى مانعا من تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى شرط التحكيم ، ببيان الأسس التى تؤخذ فى الإعتبار عند تحديد أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى المستقبل ، وعند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بعد ذلك . فيجوز تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى صلب شرط التحكيم ، أو مشارطته ، وقد يتم ذلك فى اتفاق لاحق ين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، على مقتضى القواعد المقررة فى صلب العقد . فالمهم هو تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع

---

(١) أنظر : حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - بند ٣٤-١ ص ٢٣٢ - الهامش رقم (١٤٥) .

موضوع الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - سواء تم ذلك فى الإتفاق على التحكيم ذاته ، أم كان قد تم فى اتفاق مستقل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعى المصرى إلى أن الإتفاق على التحكيم إنما يتم على مرحلتين :

المرحلة الأولى :

الإتفاق بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " على الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن طريق نظام التحكيم ، أو الوعد بالتحكيم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد والجماعات - وأيا كان موضوعها - إلا ماستثنى بنص قانونى وضعى خاص .

والمرحلة الثانية :

الإتفاق على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وخلو الإتفاق على التحكيم - **فى مرحلته الأولى** - من تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاينفى عنه طبيعته الأصلية ، بوصفه تعبيرا عن إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن طريق نظام التحكيم ، بعيدا عن القضاء العام فى الدولة . ولهذا يتبقى لهذا الإتفاق أثره السالب لولاية القضاء العام فى الدولة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، يبقى هذا الإتفاق صحيحا منتجا لآثاره القانونية ، رغم خلوه من تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة

بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مادام قد تضمن بيانا بكيفية هذا التعيين [1] .

وتنص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - على أنه :

" لايثبت التحكيم إلا بالكتابة " .

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أنه يجب الإتفاق على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم ، أو فى اتفاق مستقل بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

فالإتفاق على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يمكن ألا يكون جزء من الإتفاق على التحكيم فهو قد يكون مستقلا عنه .

ونرى مع جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [2] أن نص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨- والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - والذى كان يتطلب إثبات الإتفاق على التحكيم كتابة ، لاينطبق على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فيمكن إثبات هذا الإتفاق بكافة طرق الإثبات .

---

(١) أنظر : هشام على صادق - المقالة المشار إليها - ص ١٨ ، ١٩ .

(٢) أنظر : فتحى والى - إختيار المحكمين فى القانون المصرى - المقالة المشار إليها - ص ٢ ، ٣ .

وإن كان هناك من يرى أنه يجب إثبات إتفاق الأطراف المحتكمون " **أطـراف الإتفــــــاق علـــــــى التحكيـــــــــم** " على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم كتابة ، عملا بنـص المـادة (٢/٥٠١) مـن قـانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغـى بواسـطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شـأن التحكيـم فـى المواد المدنية ، والتجارية** – حيث أن الكتابة تكون لازمـة بالنسبة لكـل عنصر من العناصر المكونة للإتفاق على التحكيم .

فنص المادة (٢/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨– **والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – والذى يقـرر أن التحكيم لايثبت إلا بالكتابة ، ينطبق على الإتفاق على أشخاص أعضاء هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

إذ مادام أن الكتابة لازمة بالنسبة لكل عنصر من العناصر المكونة للإتفـاق على التحكيم ، فإنها تكون لازمة أيضا للإتفاق على أشخاص أعضـاء هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، باعتبار أن الإتفاق على شخص المحكم يعد عنصرا من العناصر المكونة للإتفاق علـى التحكيم .

ومن ثم ، يكون من الجائز إثبات موافقة الأطـراف المحتكميـن " **أطـراف الإتفاق على التحكيم** " على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالإقرار ، أو اليمين الحاسمة ، لأن كـل مايتطلب فى هذا الشأن هو أن يكون الإتفاق على التحكيم ، وعلى أشـخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ثابتا بصورة لاتقبل الشك .

فالكتابة المتطلبة عندئذ تكون شرط لإثبات العقد ، لا لوجوده [1] .

مصير الإتفاق على التحكيم الذى لم يتم فيه تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو يقوم بالنسبة لهم ، أو لأحدهم مايحول دون مباشرتهم لمهمة التحكيم :

ثار التساؤل حول مصير الإتفاق على التحكيم الذى لم يتم فيه تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أو يقوم بالنسبة لهم ، أو لأحدهم مايحول دون مباشرتهم لمهمة التحكيم وفقا لنص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ؟** . فقد يتضمن شرط التحكيم أن يكون لكل من الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " عند نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إختيار عضوا بهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، على أن يختار أعضاء هيئة التحكيم المعينون بهذا الشكل المحكم المرجح ، ونشأ النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وامتنع أحد الأطراف المحتكمون عن تعيين عضوا بهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو لم يتفق أعضاء هيئة التحكيم المختارون من قبل أطراف الإتفاق على التحكيم على المحكم المرجح . وقد يتم تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وفقا

---

(١) انظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٤٤ .

لنصوص القانون الوضعي المنظمة لذلك . ومع ذلـك ، يرفضـون مباشـرة مهمة التحكيم ، أو يعتزلوا ، أو يتوفوا ، أو يحكم بردهـم ، أو يقـوم مانعـا يحول دون مباشرتهم لمهمة التحكيم ؟ .

كما ثار التساؤل بشأن الجزاء الواجب تطبيقه عند عـدم احـترام نـص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسـنة ١٩٦٨ – **والملغى بواسطة قانون التحكيم المصـرى رقـم (٢٧) لسـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – والـذى يوجـب** تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـى الـنزاع موضـوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم ، أو فى اتفاق آخـر مسـتقل – سابقا ، أم لاحقا عليه – وهل هو البطلان ؟ . وإذا كان هـذا الجـزاء هـو البطلان ، فما هى طبيعة هذا البطلان ؟ . أهو بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظـام العام فى القانون الوضعى المصرى ؟ . أم بطلانا نسبيا ، متعلقا بالمصلحـة الخاصة للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ؟ .

والذى دعانا لطرح هذه التساؤلات ، هو أن المـادة (٨٢٤) مـن قـانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ كانت تستوجب تعييـن أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـوع الإتفـاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم ، إذا كان نظام التحكيم المتفق عليه بيـن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو تحكيما مع تفويـض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** .

فى حين أن المادة (٨٢٥) من قانون المرافعات المصـرى السـابق رقـم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ لم تكن تستوجب تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفـاق علـى التحكيم ، إذا كان نظام التحكيم المتفق عليـه بيـن الأطـراف المحتكميـن " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو تحكيما بالقضاء " أى تحكيما عاديا "

فضلا عن أن المادة (٨٢٥) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ كانت تنص على أن يكون للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم سلطة اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - عند عدم اتفاق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو قيام مانعا يحول دون مباشرة أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - لمهمة التحكيم ، وعدم تضمن النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " **المواد (٥٠١) - (٥١٣)** " - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - لنص وضعى مقابل لنص المادة (٨٢٥) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ . فلم يكن هناك أية سلطة للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى أن تحل محل إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] ، عند عدم اختيارهم لهم أو قيام مانعا يحول دون مباشرتهم لمهمة التحكيم . نظرا لأن النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " **المواد (٥٠١) - (٥١٣)** " - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - قد رتبت آثارا خطيرة كلها تنبثق من فكرة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بواسطة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أنفسهم

---

(١) أنظر : فتحى والى - إختيار المحكمين فى القانون المصرى - المقالة المشار إليها - ص ٣ ، ٤ .

وثقتهم فى حسن تقديرهم ، وعدالتهم . ولهذا ، فقد أعفتهم من التقيد بقواعد قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى ، ومنعت استئناف حكم التحكيم الصادر منهم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وأجازت استمرار إجراءات خصومة التحكيم ، ولو توفى أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " ، وترك قاصرا ، ولايعقل أن ترتب النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " المواد (٥٠١) - (٥١٣) " - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - كل هذه الآثار القانونية الخطيرة ، ولايكون تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بواسطة الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " أنفسهم ، وبرضائهم ، أو بواسطة من ينوب عنهم فى هذا الشأن " بوصفهم " - كالغرف التجارية فى الداخل ، أو الخارج - كما ينص عادة فى عقود التحكيم الداخلية ، والدولية على حد سواء [1] .

وإن كان هناك من فقه القانون الوضعى المصرى من رأى أنه وإن كان حكم المادة (٨٢٥) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩ لايجوز العمل به فى ظل النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيم فى قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ " المواد (٥٠١) - (٥١٣) " - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - إلا أنه يمكن العمل بها فى الحالة التى لاتكون مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " قد عينت

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٤٩ .

أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأسمائهم ، بل اكتفت بتعيينهم بصفاتهم ، أو تحديد وسيلة اختيارهم ، حتى لايترك تنفيذ الإتفاق على التحكيم لمطلق مشيئة أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو يخضع لتعسفه فى استعمال حقه (١) .

كما كان قد رؤى أن الحكم الخاص بعدم وجود سلطة للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى أن تحل محل إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عند عدم اختيار الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** لهم ، أو قيام مانعا يحول دون مباشرتهم لمهمة التحكيم لايسرى على المحكم المرجح . فإذا ورد فى الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أن يكون تعيين المحكم المرجح بواسطة أعضاء هيئة التحكيم المختارون بواسطة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو بواسطة شخصا من الغير ، أو هيئة معينة ، وامتنع المكلف باختياره عن القيام بهذا الواجب فليس ثمة مايمنع المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من تعيين المحكم المرجح ، تنفيذا لذات إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " (٢) .

---

(١) أنظر : محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات فى ضوء الفقه ، وأحكام القضاء - ص ٧٥٠ ، ٧٥١ ، حسنى المصرى - شرط التحكيم التجارى - المقالة المشار إليها - ص ٤٧ .

(٢) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية - ص ٥٢ .

ذلك أنه قد ينص فى بعض العقود - **وخاصة الدولية منها** - على أن يكـــون لكل طرف محتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " فى العقد تعيين عضــوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم ويكون تعيين المحكم المرجح بواسطة الأطراف المحتكميـــن الأصليين ، أو بواسطة أعضاء هيئة التحكيم المختارون من قبـــل الأطـــراف المحتكمـــون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو بواسطة شخص ثالث .

كما قد يحدد الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - المهلة التـــى يتعين على الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " خلالها تعيين عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم ، والتى تبدأ من وقت نشأة النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم . فيكون اختيار الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيـــم** " لعضـــو هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم شـــأنه شأن اختيار ذات عضو هيئة التحكيم الأصلى ، فيخضع لذات القاعدة العامـــة المقررة فى المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحـــالى رقـــم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - ولاتملك المحكمـــة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تعيين هذا العضـــو من أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم ، إذا تراضى الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق علـــى التحكيـــم** " فى اختياره [١] .

أما تعيين المحكم الثالث " **المرجح** ، فهو يخضع للحكم الذى ورد فى المـــادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لســـنة ١٩٦٨ - **والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى**

---

(١) انظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ١٧ ص ٥٢ .

شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – إذا كان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** – يستوجب لتعيينه إتفاق الأطراف المحتكمون . أما إذا نص فى الإتفاق على التحكيم أن يكون تعيين المحكم المرجح بواسطة عضو هيئة التحكيم المختار بواسطة كل طرف محتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " ، أو بواسطة هيئة معينة ، أو غرفة تحكيم دولية ، وامتنع المكلف باختياره عن القيام بهذا الواجب ، فليس ثمة مايمنع المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم من تعيين المحكم المرجح عندئذ ، تنفيذا لذات إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، وعملا بنص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – **والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** – والتى تنص على أن يكون تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم ، أو فى اتفاق مستقل ، وهذا التعيين قد يكون بطريق مباشر ، أو بطريق غير مباشر (١) .

إختلاف فقه القانون الوضعى المصرى حول طبيعة البطلان الناتج عن مخالفة نص الفقرة الثالثة من المادة (٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية (٢) :

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – الإشارة المتقدمة .

(٢) فى بيان أحكام الجزاء على مخالفة نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن

كان فقه القانون الوضعى المصرى قد أجمع على أن مخالفة نص الفقرة الثالثة من المادة (٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - والذى كان يستلزم تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم ، أو فى اتفاق مستقل تؤدى إلى بطلان الإتفاق على التحكيم [1] ، غير أنه كان قد انقسم فى تكييفه لطبيعة هذا البطلان .

التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٩٨ ص ٣٨٠ ومابعدها ، هشام على صادق - مشكلة خلة الإتفاق على التحكم من بيان أسماء المحكمين - المقالة المشار إليها . وبصفة خاصة ، بند ٧٣ ومايليه ص ١٠٣ ومابعدها ، حسن بغدادى - المقالة المشار إليها - بند ٢٢ ص ١٠٢ ، ١٠٣ ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٩٢ ومايليه ص ٨٦ ومابعدها . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٢/٤/٢٦ - فى الطعن رقم (٧١٤) - لسنة (٤٧) ق - مجموعة المبادئ - س (٣٣) - ص ٤٤٢ ، ١٩٨٣/٦/١٣ - فى الطعن رقم (١٢٥٩) - لسنة (٤٩) ق - مجموعة المبادئ - س (٣٤) - ص ١٤١٦ ، ١٩٨٥/١/٢١ - فى الطعن رقم (٢٤٥) - س (٥٠) . مشارا لهذا الحكم القضائى الأخير فى : أحمد حسنى - ملحق قضاء النقض البحرى - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية - بند ٦٣ ص ٨٨ ، ١٩٩١/١٢/٢٣ - فى الطعن رقم (٥٤٧) - س (٥١) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : حسن الفكهانى - الموسوعة - الملحق رقم (١٠) - القاعدة رقم (١٧٢) - ص ١٦٤ ، ١٦٥ .

(١) فى دراسة الجزاء على مخالفة نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : المؤلف - إتفاق التحكيم ، وقواعده - الرسالة المشار إليها - بند ٢٦ ص ٦٩٠ ومابعدها ، على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ٨٧ ومايليه ص ٨٢ ومابعدها .

فمنهم من اعتبره بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام فى القـــانون الوضعـــى المصرى ، ولايزول بحضور الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفـــاق علـــى التحكيم " أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم** [1] .

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – عقد التحكيـــم ، وإجراءاتـــه – ط٢ – ١٩٧٤ – منشـــأة المعـــارف بالأسكندرية – بند ١٧ ص ٤٨ ، ٤٩ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٣ – ١٩٧٨ – ص ٤٥ . وفى طبعة لاحقة – التحكيم الإختيارى والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بنـــد ١٧(م) (١) ص ٥٢ ، ٥٣ ، ص ٤٦١ ، لم يشر نفس المؤلف إلى هذا البطلان ، بل اكتفى بالقول بأنه : " خلـــو الإتفاق على التحكيم من تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم ، يؤدى إلى عدم نفاذ التحكيم ، وعدم ترتيب الإتفاق على التحكيم لآثاره الإيجابية ، وأثـــره السلبى . بمعنى ، أنه يقرر أنه إذا أبرم الإتفاق على التحكيم ، ولم يتفق فيه على أشخاص أعضاء هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإن الإتفاق على التحكيم عندئـــذ لاينفذ ، ولاتترتب عليه آثاره ، ولايجرى التحكيم إلا بعد الإتفاق علـــى أشـــخاص أعضـــاء هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لأنه – وعلى حد قول سيادته – فإن المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواســـطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة – لاتعتد بالتحكيم ، أو بإجرائه إلا إذا اتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم " . وفى نفس معنى بطلان الإتفاق على التحكيم المبرم بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيـــم " بطلانا مطلقا ، متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، لمخالفة نص الفقرة الثالثـــة مـــن المادة (٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغى بواســـطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة – والذى كان يستلزم تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم فى الإتفاق على التحكيم ، أو فى اتفاق مستقل تؤدى إلى بطلان الإتفاق علـــى التحكيـــم ، أنظر : حسن بغدادى – القانون الواجب التطبيق فى شأن صحة شـــرط التحكيـــم ، وقـــرارات هيئات التحكيم ، وتنفيذها – مقالة منشورة بمجلة القضاة – السنة التاسعة عشرة – العـــدد الأول – يناير /يونيه سنة ١٩٨٦ – ص ص ١٠١ –١٠٣ ، فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المـــدنى – ص ٧٢١ ، ٧٢٢ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة – بند ١/٥٥ /ب ص ١٦٧ ، ١٦٨ .

فإذا لم يتم الإتفاق بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم في صلب الإتفاق على التحكيم ، أو في عقد مستقل فلانكون أمام اتفاق على التحكيم ، بسبب تخلف محله ، وانتفاؤه ، ويكون التحكيم باطلا بطلانا مطلقا ، وقد يكون معدوما في رأى آخر . ومثال ذلك مثل عقد بيع يفتقر إلى محله [١] .

فقد أصبح محل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - هو الإتفاق على الفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بواسطة أعضاء هيئة تحكيم معينين بأشخاصهم ، ولم يعد هذا المحل مجرد اتفاق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على عرضه على هيئة تحكيم للفصل فيه ، دون المحكمة المختصة أصلا بنظره .

فتعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بواسطة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " يعد ركنا أساسيا من أركان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، **أم مشارطة** - لاينعقد بدونه ، لأن أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يمثلون الجانب الشخصي في محل التحكيم .

إذ أن اتفاق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على التحكيم يجب أن ينصب على الفصل في نزاع معين ، بواسطة أعضاء هيئة تحكيم ، معينين بذواتهم ، سواء كان نظام التحكيم المختار بواسطة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو نظام التحكيم بالقضاء " **التحكيم العادى** " ، أم كان تحكيما مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل

---

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، الإجبارى - ط٣ - ١٩٧٨ - ص ٤٥ .

فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطــراف المحتكميــن " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

ويترتب على ذلك لزوما ، الحكم ببطلان الإتفاق على التحكيم - **شرطا كــان أم مشارطة** - بطلانا مطلقا متعلقا بالنظــام العــام فــى القــانون الوضعــى المصرى ، إذا ورد خاليا من بيان أسماء أعضـــاء هيئـــة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولم يرد هذا البيـــان فـــى اتفاق مستقل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيـــم** " - **سابقا ، أم لاحقا على الإتفاق على التحكيم** [1] .

كما أن النصوص القانونية الوضعية المنظمة للتحكيـم " المــواد (٥٠١) - (٥١٣) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسـنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٩٤ فـــى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - لم تكن تعرف تعيين أعضـــاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضـــوع الإتفـــاق علـــى التحكيـــم بواسطة المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيـم ويترتب الجزاء ذاته أيضا " **وهو بطلان الإتفاق على التحكيم** " لـــو انســـحب أحد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفـــاق علـــى التحكيم من القيام بمهمة التحكيم المعهود بها إليهم ، أو كانت هيئـــة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـــم غـــير مفوضـــة بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " .

فلايجوز لأى من أطراف الإتفاق على التحكيم الإلتجاء إلى القضاء العام فـــى الدولة ، ليطلب منه تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فـــى الـــنزاع

---

[1] انظر : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٤٧ ، ٤٨ ، حسن بغدادى - القانون الواجب التطبيق فى شأن صحة شرط التحكيم - المقالة المشار إليـــها - ص ٢٠٣ .

موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم - إذا لم يكونوا قد اتفقوا على تعيينهم** [1] .

كما ينطبق ذات الحل المتقدم ، إذا قام الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم ، ثم توفوا ، أو فقدوا أهليتهم ، أو حكم بردهم ، أو قام بهم مانعا يحول بينهم ، وبين تأدية مهمتهم التحكيمية - **بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم** - أو اتمامها فعندئذ ، لاينفذ الإتفاق على التحكيم ، إلا باتفاق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " من جديد على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولاتملك عندئذ المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، و بعضهم** [2] .

بينما ذهب جانب آخر من فقه القانون الوضعى المصرى - **وبحق** - إلى أن البطلان المترتب على مخالفة نص الفقرة الثالثة من المادة (٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغى **بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم**

---

[1] أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٥/١/ب ص ١٦٨ ، حسن بغدادى - القانون الواجب التطبيق فى شأن صحة شرط التحكيم - المقالة المشار إليها - بند ٢٥ ص ١٠٥ ، ١٠٦ .

[2] أنظر : أحمد أبو الوفا التحكيم الإختيارى ، والإجبارى - ط٥ - ١٩٨٨ - بند ٩٧ ص ٢٠٦ ، ٤٩ ، محمود محمد [illegible] العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ٥٥/١/ب - ص ١٦٧ ، ١٦٨ .

بالمصلحة الخاصة للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " (1)

فإذا لم يتضمن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان أم مشارطة** - تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه يكون عندئذ باطلا ، على أن هذا البطلان يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فيمكن التنازل عنه باتفاق لاحق يبرمه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، ويتفقان فيه على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، كما يزول هذا البطلان بحضور الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أمام أعضاء هيئة تحكيم لم يتم تعيينهم في الإتفاق على التحكيم ، إذ يعتبر هذا رضاء بهم .

فأساس الإتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وجوهره ، هو رغبة أطرافه في عرض نزاعهم على قضاء إرادي خاص ، وهو الموضوع الرئيسي للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - وإن كان المشرع الوضعي

---

(1) أنظر : فتحي والى - الوسيط في قانون القضاء المدني - ط3 - 1993 - بند 439 ص 911 ، إختيار المحكمين في القانون المصري - المقالة المشار إليها - ص 9 ، سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - ص 379 - الهامش رقم (1) ، هشام على صادق - مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الدولية الخاصة - 1987 - الدار الفنية للطباعة ، والنشر بالاسكندرية - بند 8 ص 11 ومابعدها ، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الدولية الخاصة - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر حول التحكيم في الفترة من (20) إلى (25) سبتمبر سنة 1987 - ص 13 ومابعدها ، ص 35 ، ص 47 ، 48 ، سامية راشد - التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة - ص 104 ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - ص 379 - الهامش رقم (1) ، أشرف عبد العليم الرفاعي - التحكيم ، والنظام العام في العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص 229 .

المصرى قد استلزم إلى جانب ذلك تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وهو تعيينا أجاز المشرع الوضعى المصرى إتمامه فى مرحلة لاحقة ، وفى اتفاق مستقل عن الإتفاق على التحكيم ، وإلى أن يتم تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإن الإتفاق على التحكيم يبقى عاجزا عن ترتيب أى أثر قانونى ، لكونه مشوبا بالبطلان النسبى .
فنص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - لايتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، لأنه حتى على فرض أنه يتعلق بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، فإنه تطبيقه سيكون قاصرا على التحكيم الداخلى فى مصر ، ولايمكن أن يطبق على التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة .
فالمحكم الدولى ليس له قانون اختصاص ، وليس بحارس للأنظمة العامة الوطنية .
علاوة على ذلك ، فإن عدم تسمية أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم لايتعارض مع النظام العام الدولى[١] .
كما أنه لايمكن التسليم بأن محل الإتفاق على التحكيم قد أصبح - وفى ظل نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - هو الإتفاق على حسم النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة -

(١) أنظر : أشرف عبد العليم الرفاعى - التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - الرسالة المشار إليها - ص ٢٢٩ .

بواسطة أشخاص معينين ، لأن التحكيم - **كنظام قانوني** - لايمكن أن يختلف محله من نظام قانوني إلى نظام قانوني آخر .

فمحله هو عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على قضاء غير القضاء العام فى الدولة ، لاعتبارات مختلفة ، لاتقتصر فقط على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ، فهذا هو الموضوع الرئيسى للإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** .

وإذا كانت المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - قد استلزمت إلى جانب ذلك تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم ، فإنها قد أجازت أن يتم ذلك فى مرحلة لاحقة على إبرام الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - أو فى اتفاق مستقل عنه بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " [1] .

فضلا عن أن القول بتعلق نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** - بالنظام العام فى القانون الوضعى يتعارض مع قصد المشرع الوضعى المصرى ، ولايستقيم - **وبأى حال من الأحوال** - مع التفسير الصحيح لنص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - والتى أجازت صراحة أن يتم تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة

---

(١) أنظر : **هشام على صادق** - المقالة المشار إليها - بند ٨ ص ١١ .

بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مرحلة لاحقة على إبرامه .

كما لايستقيم مع صياغة المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - والتى بدأت بتحفظ مقتضاه :

" ينبغى مراعاة ماقد تتطلبه القوانين الوضعية المصرية الخاصة من إجازة تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفقا لأسلوب مغاير " [1] .

وقد جعل جانب من فقه القانون الوضعى المصرى للمغايرة التشريعية بين فقرات المادة (٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - معنى محددا ، لأن الفقرة الثانية من نفس المادة قد نصت على البطلان جزاء لمخالفتها - أى إذا لم يكن عدد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وترا - وأن المادة ذاتها قد جعلت من مخالفة فقرتها الأولى سببا للطعن على حكم التحكيم الصادر عندئذ فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالبطلان . بينما لم تنص المادة ذاتها على البطلان جزاء على عدم تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - أو فى اتفاق مستقل عنه - سابقا ، أم لاحقا عليه - ، مثلما فعلت بالنسبة للفقرة الثانية من المادة ذاتها . ولم يجعل المشرع الوضعى المصرى من ذلك سببا للطعن على حكم التحكيم الصادر عندئذ فى النزاع

---

[1] أنظر : سامية راشد - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة - بند ١٩٨ ص ٠

موضوع الإتفاق على التحكيم بالبطلان – **مثلما فعل بالنسبة للفقرة الأولى من المادة ذاتها .**

ويترتب على ذلك ، القول بعدم بطلان الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان أم مشارطة** – الخالى من تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، باعتبار أنه لايوجد نصا قانونيا وضعيا مصريا ينص صراحة على بطلان الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – جزاء على عدم تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو جعل ذلك سببا للطعن على حكم التحكيم الصادر عندئذ فى موضوع الإتفاق على التحكيم بالبطلان (١) .

موقف القضاء المصرى من الجزاء على مخالفة نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية :

كانت محكمة النقض المصرية قد ذهبت – **وفى ظل قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩** – إلى بطلان الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** – بطلانا متعلقا بالنظام العام فى القانون الوضعى المصرى ، ولايزيله عندئذ حضور الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أمام أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا كان نظام التحكيم المختار بواسطة الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هو نظام التحكيم مع

---

(١) أنظر : سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – ص ٣٧٩ .

تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " **اطراف الإتفاق على التحكيم** " ، إذا جاء خاليا من تحديد أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة عندئذ بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] ، [2]

وقد تضاربت أحكام المحاكم المصرية حول الجزاء الذى يترتب على مخالفة نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .**

فمحكمة النقض المصرية قد أصدرت حكما قضائيا ، قررت فيه أن عدم تضمن شرط التحكيم المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **وفقا لما أوجبته المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة**

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨١/٢/٢٩ - فى الطعن رقم (٤٥٣) - لسنة (٤٢) ق ، ١٩٨٣/٢/١ - س (٣٤) - ص ٣٧٥ ، ١٩٨٣/٤/١٤ - ص ٣٤ - ص ٩٩٨٠ ، مشار لهذه الأحكام القضائية فى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية - بند ١/٥٥/أ ص ١٦٤ - الهامش رقم (١) ، سامية راشد - التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقاهرة ، ومدى خضوعه للقانون المصرى - بند ٤٧ ومايليه ص ٩٣ ومابعدها .

(٢) فى انتقاد مسلك محكمة النقض المصرية فى هذا الشأن ، أنظر : محسن البغدادى - القانون الواجب التطبيق فى شأن صحة شرط التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ٣٧ ومابعدها

... التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - لايبطله (١) .

وقد ذهب جانب من فقه القانون الوضعى المصرى (٢) إلى أن محكمة النقض المصرية لم تقض ببطلان مشارطة التحكيم ، والتى لم يحدد بها أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لأن هذه المشارطة لاتخضع فى صحتها ، وترتيب آثارها للقانون الوضعى المصرى ، وإنما تخضع لقانون وضعى أجنبى - **وهو القانون الإنجليزى** - والذى لم يشترط لصحتها أن تشتمل على تحديد أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وأن تطبيق أحكام القانون الوضعى الأجنبى فى مصر يكون واجبا ، إلا إذا كان مخالفا للنظام العام فى القانون الوضعى المصرى - **وبالمعنى الذى حددته محكمة النقض المصرية** - وليس النظام العام فى مفهوم القانون الخاص .

ولهذا ، يمكن التمسك بشرط التحكيم المبرم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى الخارج أمام المحاكم المصرية ، إذا رفع أمامها النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، للفصل فيه ، ولو لم يتفق فيه الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، مادام

---

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٨٢/٤/٢٦ - فى الطعن رقم (٧١٥) - لسنة (٤٧) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : أحمد حسنى - شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - ص ٧٤ - القاعدة رقم (٨٢) .

(٢) أنظر : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - بند ١/١/٥٥أ ص ١٦٤ ، ١٦٥.

أن قانون الدولة الأجنبية المتفق بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " على إجراء التحكيم فيها لايوجب ذلك .

أما إذا تم التحكيم فى مصر ، فإنه يجب أن يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء كان نظام التحكيم المختار بواسطة الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " هو تحكيما بالقضاء " التحكيم العادى " ، أم كان تحكيما مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالصلح بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم "

وقد ذهبت محكمة جنوب القاهرة الإبتدائية إلى أنه : " الثابت أنه لم يتم تحديد أسماء المحكمين فى مشارطة التحكيم ، كما أن الأوراق قد خلت مما يفيد تحديد أسماء المحكم ، أو المحكمين فى اتفاق مستقل ، أو لاحق لمشارطة التحكيم . ومن ثم ، فإن الإتفاق على التحكيم فى الدعوى الماثلة لم يستكمل شروطه ، وبالتالى ، فإن الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى لوجود شرط التحكيم يكون قد قام على غير سند من القانون وترفضه المحكمة " [1] .

كما قضت محكمة استئناف الأسكندرية بأنه : " عدم تضمين شرط التحكيم أسماء المحكمين وفقا لما تقضى به المادة (٥٠٢/٤) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - لايترتب عليه بطلان الشرط ، سواء فى ذلك

---

(1) أنظر : حكم محكمة جنوب القاهرة الإبتدائية - الصادر فى ١٩٨٤/٤/٢٦ - فى الدعوى القضائية رقم (٣٠٦١) - سنة ١٩٨٣ ، تجارى كلى جنوب القاهرة . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية - ص ١٦١ - الهامش رقم (٢) ، هشام صادق - مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين - ١٩٨٨ - ص ٣٧ .

أن يكون متفقا على إجراء التحكيم فى الداخل ، أم فى الخارج ، فقد أجازت تلك المادة أن يتم تعيينهم فى اتفاق لاحق " (١) .

ويتضح لنا من الحكمين القضائيين المتقدمين ، أنهما قد تضاربا بشأن بطلان أو عدم بطلان الإتفاق على التحكيم المبرم بين الأطراف المحتكمين - شرطا كان ، أم مشارطة - نتيجة لعدم تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فيه ، أو فى اتفاق مستقل عنه - سابقا ، أم لاحقا عليه - وفقا لنص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .

فالحكم القضائى الأول " حكم محكمة جنوب القاهرة الإبتدائية " قد رتب بطلان الإتفاق على التحكيم - شرطا كان ، أم مشارطة - جزاء على مخالفة نص الفقرة الثالثة من المادة (٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - أى جزاء على عدم تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم ، أو فى اتفاق مستقل عنه - سابقا ، أم لاحقا عليه - فقد رفضت محكمة جنوب القاهرة

---

(١) أنظر : حكم محكمة استئناف الأسكندرية - الصادر فى ١٩٨٥/١١/٨ - فى الطعن رقم (٤٥٣) - لسنة (٤٠) ق . مشارا لهذا الحكم القضائى فى : هشام على صادق - مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أشخاص المحكمين - المقالة المشار إليها - ص ١١ - الهامش رقم (٢٨) ، محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ص ١٦١ - الهامش رقم (٢) ، مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - أبريل سنة ١٩٨٦ - ص ١٣١، ١٣٢ .

الإبتدائية الدفع المبدى أمامها بعدم اختصاصها بنظر الدعوى القضائية لوجود إتفاقا على التحكيم ، لأنه لم يشتمل على تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . وبهذا ، فإنها تكون قد اعتبرت أن تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على التحكيم ، أو فى اتفاق مستقل عنه - سابقا ، أم لاحقا عليه شرطا لصحته ، ويترتب على تخلفه بطلان الإتفاق على التحكيم . ومن ثم ، لاينتج هذا الإتفاق أثره السالب الإختصاص القضائى ، إلا بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

بينما الحكم الثانى " **حكم محكمة استئناف الأسكندرية** " لايرتب بطلان الإتفاق على التحكيم على مخالفة الفقرة الثالثة من المادة (٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - **والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية .**

فمحكمة استئناف الأسكندرية قد اعتبرت أن خلو الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - من تعيين أشخاص أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاينفى عنه طبيعته الأصلية ، بوصفه تعبيرا عن إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، عن طريق نظام التحكيم ، بعيدا عن القضاء العام فى الدولة .

حكم محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس بشأن تحديد الجزاء على مخالفة نص الفقرة الثالثة من المادة (٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة

١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنيـــــة ، والتجاريـــة ـ أى تحديد الجزاء على عدم تعيين أشخاص أعضــاء هيئـــة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيـم فـــى الإتفاق على التحكيم ، أو فى اتفاق مستقل عنه ـ سابقا ، أم لاحقا عليه :

قررت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس فـــى أحـد أحكامها أنه : " وجوب التفرقة بين نظام التحكيم الحر " والمعروف بتحكيـم الحالات الخاصة Ad hoc ، وبين نظام التحكيم المقيد ، وقررت فيـــه أن حكم الفقرة الثالثة من المادة (٥٠٢) من قـــانون المرافعـات المصـــرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغـــاة بواسـطة قـانون التحكيـم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فـــى المـــواد المدنيـــة والتجارية - لاتنطبق إلا على نظام التحكيم الحر ، فلاعمـــل لـــها بالنســـبة لنظام التحكيم المنظم ، والذى يقتصر فيه الأطراف المحتكمـــون " أطـــراف الإتفاق على التحكيم " على مجرد اختيار جهة معينة - هيئـــة كـــانت ، أو مركزا - تتولى التحكيم فى النزاع القائم ، أو الذى يثـــور بينـــهم ، فتتـم إجراءات التحكيم وفق قواعده . ومنها ، تعيين المحكمين ، وتحديـــد مـــدة التحكيم ، وإجراءات التحكيم ، وقواعده ، وفقا للنظام المتبـــع أمـــام هـــذه الجهة ، ولم ينص صراحة على بطلان الإتفاق على التحكيم جزاء لمخالفـــة نص المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقـــم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغى بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجاريـــة - مثلمـــا فعلـــت بالنسبة للفقرة الأولى منها ، وأنه يجب تفسير ذلك فى ضوء المادة (٢٠) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، والمقررة للقواعد العامة فى البطلان ، والتى لاتجيز الحكم بالبطلان رغم النص عليـــه

إذا ماتحققت الغاية من الإجراء . ولاشك أن الغاية من تطلب تعيين أشخاص المحكمين فى الإتفاق على التحكيم تكون قد تحققت فى حالة إتفاق الأطراف المحتكمون على تخويل شخص ثالث سلطة تعيين المحكم ، أو المحكمين ، أو الإتفاق على تحكيم محكمة غرفة التجارة الدولية بباريس ، إذ أنها تقوم بمهمة الشخص الثالث فى تعيين المحكم ، أو المحكمين . فيكون شرط التحكيم المدرج فى عقد شركة التضامن – والمؤرخ فى ١٩٨٠/١١/١٤ صحيحا ، طالما أن الأطراف المحتكمون قد أختاروا للتحكيم محكمة دائمة تتولاه " (١) .

تدخل المشرع الوضعى المصرى لوضع نص قانونى وضعى يعالج ماأثارته المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – من مشاكل عملية عديدة :

كان من المأمول أن يتدخل المشرع الوضعى المصرى لوضع نص قانونى وضعى يعالج ماأثارته المادة (٣/٥٠٢) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - والملغاة بواسطة قانون قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية – من مشاكل عملية عديدة ، بأن يقرر إمكان تعيين أعضاء هيئة

---

(١) أنظر : حكم محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس – القضية رقم (٢٤٠٦) – بحسب جدول الغرفة – تم رفعها فى الرابع من شهر مايو سنة ١٩٨٢ ، وعقب تبادل المذكرات ، وسماع المرافعات بالجلسات التى عقدت فى مدينة القاهرة ، صدر الحكم بتاريخ ١٩٨٤/٤/٥ . مشارا لهذا الحكم فى : سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – ص ٢٠٨ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – ص ١٦٥ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ .

التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأشخاصهم أو بصفاتهم ، وأنه يكفى الإتفاق على طريقة إختيارهم . وأن الإتفاق على إجراء التحكيم أمام جهة معينة ، يقتضى اتباع القواعد المقررة فى هذه الجهة بالنسبة لاختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . وتجنب النتائج المترتبة على عدم موافقة أحد أطراف الإتفاق على التحكيم الخالى من تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على تعيينهم فى اتفاق لاحق أو عدم قيامه بتعيين عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو عدم اتخاذ الإجراء الذى يلزم لهذا التعيين وتلافى الآثار التى يمكن أن تنجم عن تحقق مانعا ، أو ظرفا فى جانب أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أو أحدهم - كوفاته ، أو عزله ، أو اعتزاله ، أو رده ، أو امتناعه عن العمل ، أو امتناع أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عن اختيار المحكم الثالث . ويحدد من له سلطة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - إذا امتنع واحدا منهم ، أو أكثر عن قبول مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، أو اعتذر ، أو اعتزل ، أو عزل عن العمل ، أو قام مايمنعه من مباشرة مهمة التحكيم المعهود بها إليه ، على أن تكون هذه السلطة مخولة للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا لم يكن بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عندئذ شرطا خاصا . فإن كان بينهم شرطا خاصا - كأن يتولى شخص ، أو جهة معينة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " كلهم ، أو بعضهم " - فإنه يجب إعمال هذا الشرط .

وبهذا ، يسمح المشرع الوضعي المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن تتدخل لتعيين من يلزم من أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، حال تحقق صعوبة من الصعوبات المذكورة ، إذا لم يكن بين الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " شرطا خاصا ، حتى لايصبح الإتفاق على التحكيم الخالى من تعيين أسماء أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لاقيمة له ، ويتوقف تنفيذه على محض إرادة أطرافه .

لهذا ، فقد اتجه قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية إلى النص فى المادة (١٧) منه – والواردة فى الباب الثالث الخاص بهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – على أنه :

" ١ – لطرفى التحكيم الإتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم ، فإذا لم يتفقا أتبع مايأتى :

أ – إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين

ب – فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين ، إختار كل طرف محكما ، ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث ، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر ، أو إذا لم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين ، ويكون للمحكم الذى اختاره المحكمان المعينان أو الذى اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم ، وتسرى هذه الأحكام فى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين .

٢ - وإذا خالف أحد الطرفان إجراءات اختيار المحكمين التى اتفقا عليها أو لم يتفق المحكمان المعينان على من يلزم اتفاقهما عليه ، أو إذا تخلف الغير عن أداء ماعهد به إليه فى هذا الشأن ، تولت المحكمة المشار إليها فى المادة (٩) من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب ، مالم ينص فى الإتفاق على كيفية أخرى لإتمام هذا الإجراء أو العمل .

٣ - وتراعى المحكمة فى المحكم الذى تختاره الشروط التى يتطلبها هذا القانون ، وتلك التى اتفق عليها الطرفان ، وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ، ومع عدم الإخلال بأحكام المادتين (١٨) ، (١٩) من هذا القانون لايقبل هذا القرار الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن " .

كما تنص المادة (٢١) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" إذ انتهت مهمة المحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأى سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقا للإجراءات التى تتبع فى اختيار المحكم الذى انتهت مهمته " .

وتنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١ - يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع . أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج ، فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

٢ - وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم " .

ونص المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قد تضمن حالات تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وشروطه :

حالات تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفقا للمادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [1]

تضمنت المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية معظم الصعوبات والمشاكل التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء كان الأطراف المحتكمون **" أطراف الإتفاق على التحكيم "** قد اتفقوا على تشكيلها من محكم واحد ، أم من عدة محكمين ، والتى تعتبر فى نفس الوقت حالات لتدخل القضاء العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . **وهذه الحالات هى [2] :**



---

(1) فى بيان حالات تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفقا للمادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، أنظر : **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٤٩ ومايليه ص ١٤٠ ومابعدها .

(2) فى بيان أحكام تدخل القضاء العام فى الدولة فى تعين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم ، وفقا للمادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (١٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية " شروطه ، حالاته ، وقواعده " ، أنظر : **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٤٥ ومايليه ص ١٣٧ ومابعدها .

الحالة الأولى :

عدم اتفاق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على تعيين المحكم المنفرد الذى تتشكل منه وحده هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

الحالة الثانية :

إمتناع أحد الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " عن تعيين عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر فى الإتفاق على التحكيم .

الحالة الثالثة :

عدم اتفاق عضوى هيئة التحكيم الأصليين - والمعينين من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " - على اختيار المحكم الثالث ، والذى سيرأس هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فى خلال الثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما .

الحالة الرابعة :

إذا خالف أحد الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " إجراءات اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم المتفق عليها .

والحالة الخامسة :

إذا تخلف الغير عن تعيين المحكم الوحيد ، أو المحكم الرئيسى ، فى المدة التى حددها له الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

والحالات المتقدمة - والتى تجيز للقاضى العام فى الدولة التدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - الواردة فى المادة (١٧) من قانون التحكيم

المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية ليست واردة على سبيل الحصر ، وإنما هى مجرد أمثلة للصعوبات التى يمكن أن تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [١] .

ومن ثم ، فإنه يمكن للقاضى العام فى الدولة أن يتدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إذا حدثت أية صعوبات تعترض تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء كان ذلك راجعا لأحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أم كان راجعا لأية ظروف أخرى ، حتى ولو لم يرد ذكرها فى المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية [٢] .

شروط تدخل القاضى العام فى الدولة فى تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفقا للمادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [٣] :

تنص المادة (١/١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

---

(١) أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ١٥٠ ص ١٤٧ .

(٢) أنظر : على بركات – الإشارة المتقدمة .

(٣) أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ١٥٨ ومايليه ص ١٥١ ومابعدها .

" **لطرفي التحكيم الإتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم ، فإذا لم يتفقا أتبع مايأتي ...." .**

ومفاد النص القانوني الوضعي المصري المتقدم ، أن المشرع الوضعي المصري قد خول للقضاء العام في الدولة سلطة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بشرط أن يتم ذلك بعد نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وحدوث صعوبة تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وتكون راجعة لأحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو لإعمال طرق التعيين الواردة في الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أو **مشارطة** .

فالقاضي العام في الدولة المختص لايستطيع أن يتدخل لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلا إذا وجد نزاعا بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . فقبل نشأة أي نزاع بينهم ، فإنه لامجال للحديث عن سلطة القاضي العام في الدولة في تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وفي حالة الإتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، في صورة مشارطة لاحقة لنشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكم ، فإنه إذا وجد خلافا - **ولو كان بسيطا** - بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " حول تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو حول كيفية إعمال طرق التعيين ، فإنه يجوز الإلتجاء إلى القاضي العام في الدولة

المختص ، لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم [1] .

القاضى العام فى الدولة المختص بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وفقا للمادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [2] :

تنص المادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ١- يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصرى للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع ، أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا ، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج ، فيكون الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر .

٢ - وتظل المحكمة التى ينعقد لها الإختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص حتى إنتهاء جميع إجراءات التحكيم "

ومفاد النص القانونى الوضعى المصرى المتقدم ، أن المشرع الوضعى المصرى قد فرق بين التحكيم الداخلى ، والتحكيم الدولى ، فى حالة عدم اتفاق الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " على اختيار أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فأسند الإختصاص بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - **إلى المحكمة المختصة**

---

[1] أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند١٥٩ ص ١٥٢ .

[2] أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٦٢ ص ١٥٥ ومابعدها .

أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، إذا تعلق الأمر بتحكيم داخلى . ولمحكمة استئناف القاهرة – **مالم يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر** – فى حالة التحكيم التجارى الدولى ، إذا كانت هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم مشكلة من محكم واحد .

أما إذا كانت مكونة من ثلاثة محكمين ، فإن كل طرف محتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " يختار محكما ، ويتولى المحكمان المختاران على هذا النحو إختيار المحكم الثالث .

فإذا لم يعين أحد الأطراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " محكما واختلف المحكمان المختاران من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى اختيار المحكم الثالث ، ولم يتم تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم خلال الثلاثين يوما من تاريخ الطلب الموجه للطرف المتخلف تعيين محكمه ، أو من تاريخ تعيين آخر المحكمين الأصليين المعينين من قبل الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . فعندئذ ، يكون لأى طرف محتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " أن يتوجه إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا – **سواء جرى فى مصر أم فى الخارج** – فإن الإختصاص ينعقد عندئذ لمحكمة استئناف القاهرة ، مالم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر (١) .

---

(١) ويرى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى أنه كان الأجدر بالمشرع الوضعى المصرى أن يخول الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " حرية إختيار المحكمة المناسبة لهم داخل الدولة . فإذا لم يتفقوا ، فإن الإختصاص بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – كلهم ، أو بعضهم – ينعقد للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . أنظر : على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ١٦٢ ص ١٥٦ .

ولم يستقر فقه القانون الوضعى المقارن على تحديد معيار لدولية نظام التحكيم (١) ، أو للتفرقة بين نظام التحكيم الداخلى ، ونظام التحكيم الدولى .

فذهب رأى إلى الأخذ بفكرة القانون الواجب التطبيق بالنسبة لإجراءات التحكيم .

فالتحكيم الداخلى هو :

التحكيم الذى يخضع فى إجراءاته للقانون الوطنى .

أما التحكيم الدولى فهو :

التحكيم الذى تخضع إجراءاته لقانون أجنبى ، أو لنصوص اتفاقية دولية .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن العبرة بمكان صدور حكم التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

---

(١) فى محاولة فقه القانون الوضعى المقارن ، وأحكام القضاء المقارن لتحديد معيار لدولية نظام التحكيم ، أنظر :

BARTIN : Principes de droit international prive selon la loi et la jurisprudence Français . . 1930 . 1 . 217 ; FRAGISTAS : Arbitrage etranger et arbitrage international en droit prive . Rev . Critique . 1960 . P 1 et ss . ; PIERRE LALIVE : Problemes relative al'arbitrage international commercial . Recueil des Cours. 1967 . P . 1 et ss .

وانظر أيضا : إبراهيم أحمد إبراهيم – بحث عن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فى مصر – مقالة منشورة فى مؤتمر حول بعض المسائل القانونية " النظرية ، والتطبيقية " – الغردقة – فى الفترة من (١٤) إلى (١٩) أبريل سنة ١٩٨٤ – إعداد الدكتور / أحمد جامع – ص ص ١٧٧ – ٢٠١ . وبصفة خاصة ، ص ١٧٩ ، ١٨٠ ، التحكيم الدولى الخاص – ١٩٨٦ – بدون دار نشر – ص ٤٢ ومابعدها ، مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ١٣ ص ٣٥ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ٣٣ ومابعدها ، عبد الحميد الأحدب – التحكيم الدولى ، والداخلى – ص ١٩ ومابعدها ، أشرف عبد العليم الرفاعى – التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – ص ١٠٤ ومابعدها .

وهناك آراء أخرى تستند إلى جنسيات أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بـالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو جنسيات الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " .

ومنها مايستند إلى المكان الذى يوجد فيه المركز الرئيسى للمنظمة التى تتولى التحكيم ، أو مكان المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وقد انتقدت جميع هذه المعايير .

أما المعيار الذى اتجه إليه فقه القانون الوضعى الحديث ، وأخذ به القضاء الفرنسى ، فهو المعيار الذى يتعلق بطبيعة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فالتحكيم الدولى هو :

التحكيم الذى يتعلق بنزاع من طبيعة دولية ، أى يتعلق بمعاملة تجارية دولية ، ولو كان يجرى بين شخصين يحملان الجنسية ذاتها وجرى التحكيم فى الدولة التى ينتميان إلى جنسيتها .

على أن المعيار الأخير لايحل بدوره صعوبة تحديد الطبيعة الدولية للمعاملة التجارية .

وقد حدد القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى أكثر من معيار لدولية التحكيم فى المادة (٣/١) منه . **إذ يعتبر التحكيم دوليا فى حالات ثلاث :**

الحالة الأولى :

إذا كان مقر عمل طرفى الإتفاق على التحكيم وقت عقد ذلك الإتفاق واقعين فى دولتين مختلفتين .

الحالة الثانية :

إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التى يقع فيها مقر عمل الطرفين .

(أ) مكان التحكيم ، إذا كان محددا في الإتفاق على التحكيم ، أو طبقا له

(ب) أي مكان ينفذ فيه جزء هاما من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية ، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم أوثق الصلة به .

والحالة الثالثة :

إذا اتفق الطرفان المحتكمان صراحة على أن موضوع الإتفاق على التحكيم يكون متعلقا بأكثر من دولة واحدة .

وقد أخذ قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية بالحالات التي أخذ بها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي كمعيار لدولية التحكيم في المادة (٣/١) منه ، وأضاف إليها حالة رابعة ، عندما نصت المادة (٣) منه على أنه :

" يكون التحكيم دوليا في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية ، وذلك في الأحوال الآتية . . . " .

فالنص القانوني الوضعي المصري المتقدم قد تبنى معيار ارتباط النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالتجارة الدولية – والذي استقر عليه فقه القانون الوضعي المقارن الحديث ، وأحكام القضاء في فرنسا .

أما الحالات التي وردت في المادة (٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية ، والتجارية لدولية التحكيم ، فهي :

الحالة الأولى :

إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين ، وقت إبرام الإتفاق التحكيم ، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال ، فالعبرة تكون بالمركز الأكثر إرتباطا بموضوع الإتفاق على

التحكيم . وإذا لم يكن لأحد طرفى التحكيم مركز للأعمال ، فالعبرة تكون بمحل إقامته المعتاد .

الحالة الثانية :

إذا اتفق طرفا التحكيم على الإلتجاء إلى منظمة تحكيم دائمة ، أو مركز للتحكيم ، يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية ، أو خارجها - كغرفة التجارة الدولية بباريس ، أو جمعية التحكيم الأمريكية ، أو مركز تسوية منازعات الإستثمار ICSID فى واشنطون ، أو مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى .

الحالة الثالثة :

إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله الإتفاق على التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة .

والحالة الرابعة :

إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى نفس الدولة وقت إبرام الإتفاق على التحكيم ، وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة :

(أ) مكان إجراء التحكيم ، كما عينه الإتفاق على التحكيم ، أو أشار إلى كيفية تعيينه .

(ب) مكان تنفيذ جانبا جوهريا من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين المحتكمين .

(ج) المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم .

(د) إذا كان المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم يقع خارج الدولة التى يوجد فيها المركز الرئيسى

لأعمال كل من طرفى التحكيم ، متى وقع هذا المركز الرئيسى فى الدولة نفسها .

وتتولى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أو محكمة استئناف القاهرة – **مالم يتفق الأطراف المحتكمون " أطراف الإتفاق على التحكيم " على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر** – تعيين المحكم الذى ينقص تشكيل هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، سواء كان محكما لأحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أم المحكم الثالث – **والذى فشل المحكمان الأصليان المعينان من قبل الأطراف المحتكمين " أطراف الإتفاق على التحكيم " فى اختياره .**

ويتولى المحكم المختار من القضاء العام فى الدولة على هذا النحو ، أو من المحكمين رئاسة هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم [1] .

سلطات القاضى العام فى الدولة المختص بتعيين أعضاء هيئة المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - وفقا للمادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [2] :

تنص المادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

---

(١) أنظر : مختار أحمد بريرى – التحكيم التجارى الدولى – بند ٣٥ ص ٧١ ، ٧٢ .

(٢) أنظر . على بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ١٦٤ وحاشيته ص ١٥٧ ومابعدها .

" تراعى المحكمة فى المحكم الذى تختاره الشروط التى يتطلبـــها هــذا القانون ، وتلك التى اتفق عليها الطرفان ، وتصدر قرارها باختيار المحكـــم على وجه السرعة ، مع عدم الإخلال بأحكام المادتين (١٨) ، (١٩) مـن هذا القانون ، ولايقبل هذا القرار الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن " .

ويرى جانب من فقه القانون الوضعى المصرى [١] - **وبحق** - أن المشـــرع الوضعى المصرى قد وضع النص القانونى المتقدم لمواجهة الفرض الأكـــثر شيوعا فى الممارسة العملية ، وهو قيام القاضى العام فى الدولة - **والمختص وفقا للمادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية والتجارية بتعيين أعضاء هيئـة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيــم - كلــهم أو بعضهم** - بتعيين المحكم بدلا من الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفـــاق على التحكيم** " الممتنع عن اختياره ، أو بـــدلا مـــن المحكميـــن الأصليين المختارين بواسطة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق علـــى التحكيـم** " وهو افتراضا خاطئا من جانب المشرع الوضعـــى المصـــرى ، لأن المــادة (١/١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فـــى شـأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية قـــد أجـــازت للأطـــراف المحتكميـــن " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " أن يحددوا كيفية اختيار أعضاء هيئة التحكيـم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **أى الطريقة التـــى سيتم بها اختيارهم** - وقد تتعدد الصياغـــات التـــى يـــأتى بـــها الأطـــراف المحتكمون " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لتحديد طريقة تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وقد تكون مبهمة ، أو غير كافية لإمكان إعمالها . فهل يلتزم القاضى العام فى الدولـــة - **والمختص وفقا للمادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لســنة**

---

[١] أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٦٤ ص ١٥٨ .

١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - عندئذ بإجابة طلب الطرف المحتكم " **الطرف فى الإتفاق على التحكيم** " ، ويعين المحكم رغم ذلك ؟ .

وأنه كان أولى بالمشرع الوضعى المصرى أن يصيغ أحكامه بصورة أكثر مرونة ، حتى تشمل كافة الفروض ، وأن يعطى للقاضى العام فى الدولة - **والمختص وفقا للمادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم** - سلطة تقديرية لرفض طلب تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم ، إذا كان هناك مبررا لذلك ، كما لو أبرم الأطراف ذوو الشأن على التحكيم وكان اتفاقا باطلا بطلانا ظاهرا ، أو كانت بنود الإتفاق على التحكيم غير كافية لإمكان تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

إجراءات تدخل القاضى العام فى الدولة - والمختص بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - كلهم أو بعضهم - وطبيعة الأمر الصادر منه ، وفقا للمادة (١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية [١] :

إشترطت المادة (٢/١٧ ، ٣) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لكى يتدخل القاضى المختص بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع

---

[١] أنظر : على بركات - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٧ ص ١٧١ ، ١٧٢ .

موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - وفقا للمادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - أن يتم ذلك بناء على طلب أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** .

فالأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " هم فقط أصحاب الحق فى الإلتجاء إلى القاضى العام فى الدولة المختص بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - لتعيين من يلزم من أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولايجوز ذلك لأعضاء هيئة التحكيم أنفسهم [1] . وأن يصدر قراره بتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم** - على وجه السرعة ، مع عدم الإخلال بحق الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " فى رد أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - **كلهم ، أو بعضهم - والذين يعينهم القاضى المختص وفقا للمادة (٩) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** - وفقا لأحكام المادتين (١٨) (١٩) **من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** ، إذا كان لذلك وجها [2] .

والقرار الصادر عندئذ لايقبل الطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن " **المادة (٣/١٧) من قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية** " .

---

[1] أنظر : **على بركات** - خصومة التحكيم - الرسالة المشار إليها - بند ١٧٧ ص ١٧٠ .

[2] أنظر : **على بركات** - الإشارة المتقدمة .

الخاتـــمة

تعرضنا بالبحث ، والتحليل للأسئلة المطروحة أمام فقه القانون الوضـ وأحكام القضاء المقارن ، والمشكلات العملية التى تمس موضـوع التحكيـم والتى ثار بشأنها اختلافا فى وجهات النظر فى القانون الوضعـــى ، أو فقـه القانون الوضعى المقارن ، سواء فيما يتعلق بطبيعة الدفع بالتحكيم المثار عنـد مخالفة الإختصاص التحكيمى ، عن طريق عــرض الـنزاع علـى جـهات القضاء العام فى الد . ومايتعلق بطبيعة التحكيـــم القانونيـة ، واختـلاف وتشعب الإتجاهات فى هذا الشأن ، أو غير ذلك من التساؤلات المطروحة فى العديد من القضايا التى تمس موضوع التحكيم .

وبان لنا كيف أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كـــان ، أم مشـارطة-** والمتمثل فى عرض النزاع موضوعه على **هيئة معينة** ، لتفصل فيـــه ، دون المحكمة المختصة أصلا بالفصل فيه ، قد يكون تبعا لعقد معين ، يذكر فــى صلبه ، ويسمى شرط التحكيم **Clause compromissoire** . وقد يكـون بمناسبة نزاع معين ، محددا ، وقائما بــالفعل بيـن الأطـراف المـ ـميـن " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم ، ويسـمى فى هذه الحالة **مشارطة التحكيم Compromis** .

وأنه وإن كان فى الغالب من الأحوال فى الممارسة العملية أن يـ ـد **شـرط التحكيم** كبند ، أو فقرة فى عقد من العقود ، يذكر فى صلبه . بمـ ، يتفـق **الأطراف فى العقد** على إحالة ماينشأ بينـــهم مــن نــزاع فــى المسـتقبل ، بخصوص تفسير هذا العقد ، أو تنفيذه على **هيئة تحكيم** ، لتفصل فيه ، بـدلا من الإلتجاء إلى القضاء العـــام فــى الدولـة ، صـاحب الولايـة العامـة والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات - **وأيا كـان موضوعها** - إلا مااستثنى بنص قانون وضعى خاص ، إلا أن ذلـك ليـس

بلازم . إذ قد يرد شرط التحكيم فى العقد موضوع التحكيم ، ويكون المميز له فى ذلك ، هو وروده سابقا على نشأة النزاع الذى يواجهه ، بحيث يكون المميز بين شرط التحكيم ، ومشارطته ، هو مواجهة الأول " **شرط التحكيم** " لنزاع محتمل ، لم ينشأ بعد . فى حين أن الثانية " **مشارطة التحكيم** " ، تواجه نزاعا ناشئا ، ومحدد بالفعل بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " لحظة الإتفاق على التحكيم ، وأنه وان اختلفت الصياغات المعطاه لتعريف نظام التحكيم ، إلا أنها جميعها قد اتفقت حول مفترضات التحكيم الأساسية .

كما بان لنا كيف أنه يدق الأمر كثيرا عند تحديد طبيعة الدفع بالتحكيم المثار عند مخالفة الإختصاص التحكيمى ، عن طريق عرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " **شرطا كان ، أم مشارطة** " على جهات القضاء العام فى الدولة ، وماإذا كان من قبيل الدفع بعدم الإختصاص ، أم من قبيل الدفوع بعدم القبول .

وبعبارة أخرى ، هل الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - بشأن نزاع معين ، ينزع الإختصاص من المحكمة المختصة أصلا بتحقيقه والفصل فى موضوعه ، مادام أن التحكيم قائما ؟ . وما لهذا الخلاف من أهمية بالنسبة لطبيعة الأحكام القانونية المطبقة بالنسبة لكل نوع من أنواع الدفوع - **سواء الدفوع بعدم القبول ، أم الدفوع بعدم الإختصاص** - وكيف تشعبت الآراء فى هذا الشأن . بين رأى قائل بأن الدفع بالتحكيم هو دفعا بعدم القبول ، أو عدم جواز نظر الدعوى القضائية ، باعتبار أن الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " وباتفاقهم على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى نزاعهم " **المحتمل ، أو القائم ، والمحدد لحظة الإتفاق على التحكيم** " إنما ينزلون عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة . ومتى نزلوا بارادتهم عن سلطة الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، فإن الدعوى

القضائية تكون عندئذ قد فقدت شرطا من شروط قبولها ، مما يمنـــع علـــى المحكمة قبولها .

ورأى آخر قائل بأن الدفع بالتحكيم هو دفعا بعدم الإختصاص ، باعتبـــار أن الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - ينزع الإختصـــاص مـــن المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

ورأى ثالث ، يرى أن الدفع بالتحكيم هو دفعا ببطـــلان المطالبـــة القضائيـــة لعيب موضوعى ، يكون منصبا على محل المطالبة القضائية ، ألا وهو عـــدم صلاحية الطلب للمطالبة به قضاء ، لوجود الإتفاق على التحكيـــم - **شـــرطا كان ، أم مشارطة** - وترجيحنا لهذا الرأى الأخير ، لصعوبة التسليم بأى مـــن الرأيين الأولين ، وعدم تناسقهما مع الأحكام القانونية المعترف بها من جـــانب فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن لطبيعـــة الدفـــع بـــالتحكيم ، واتساق الحل الأخير الذى اعتمدناه فى هذا الشأن مع تلـــك الأحكـــام التـــى اعترف بها فقه القانون الوضعى ، وأيدتها أحكام القضـــاء المقـــارن للدفـــع بوجود الإتفاق على التحكيم .

وقد تعددت اتجاهات فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضـــاء المقـــارن بشأن الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، وتكييف وظيفة أعضاء هيئة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم . بيـــن رأى يغلـــب الطابع القضائى للتحكيم . وآخر يغلب طابعه التعاقدى . وثالث يجعل التحكيـــم يحتل مركزا وسطا بين التعاقد ، والقضاء العام فى الدولة . ورابع يـــرى أن لنظام التحكيم طبيعة خاصة ، وأنه يجب النظر إليه نظرة مستقلة ، ولايمكـــن تفسيره فى ضوء المبادئ التقليدية ، لمحاولـــة ربطـــه بـــالعقد ، أو بـــالحكم القضائى ، وترجيحنا للطابع القضائى للتحكيم ، ووظيفة أعضاء هيئة التحكيـــم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، لخضـــوع نظـــام التحكيم لنصوص قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المنظمة التحكيم ، أو للقوانين الوضعية الخاصة الصادرة فى هـــذا الشـــأن - كقـــانون التحكيـــم

المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية - من حيث آثاره ، ونفاذه ، واجراءاته ، وأن حكمه يطعن فيه - فى كثير من الأنظمة القانونية الوضعية - كما يطعن فى أحكام القضاء العام فى الدولة ، وينفذ كما تنفذ هذه الأحكام . مع ملاحظة أن الإتفاق على التحكيم هو عقدا - كأى عقد آخر - لاتنصرف إليه الطبيعة القضائية لنظام التحكيم ويخضع لقواعد القانون المدنى - من حيث انعقاده - ويبطل بما تبطل به العقود .

ونظام التحكيم قد يختلط أحيانا ببعض النظم القانونية الأخرى - كالخبرة والصلح ، والوكالة - وقد تعددت المعايير التى اعتمدها فقه القانون الوضعى وأحكام القضاء المقارن ، وحاولنا أن نجد معيارا ، وإن لم يكن حاسما للتمييز بين تلك الأنظمة القانونية المختلفة ، فإنه على الأقل يضع حلا للمشكلات العملية المثارة فى هذا الشأن .

وتقوم المنازعات التى يجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم فى مجموعها على حظر التحكيم فى المنازعات المتعلقة بالنظام العام فى القانون الوضعى المقارن ، وإن كان فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن قد اجتهدا فى هذا الشأن ، لمحاولة إعطاء فكرة النظام العام فى القانون الوضعى مفهوما معينا ، ضاق أحيانا ، واتسع فى أحيان أخرى .

ولم يشترط فى القانون الوضعى سوى شرطا وحيدا فيمن يختار عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ألا وهو شرط الأهلية المدنية الكاملة . وفيما عدا ذلك ، فقد اختلف فقه القانون الوضعى ، وأحكام القضاء المقارن بشأن الشروط ، والصفات الواجب توافرها فيمن يكون عضوا فى هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

وقد تعرضنا للمشكلات العملية المثارة بمناسبة تطبيق النصوص القانونية الوضعية المنظمة لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع

موضوع الإتفاق على التحكيم ، كأحد أركان الإتفاق على التحكيم ، وشـــروط صحته ، واختلاف فقه القانون الوضعي ، وأحكام القضــــاء المقــارن بشـــأن نطاق تطبيقها ، وطبيعة الجزاء المترتب على مخالفة ماستلزمته من وجـــوب تعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم فى اتفاق التحكيم ذاته ، أو فى اتفاق مستقل - سابقا ، أم لاحقا عليه والإختلاف فى الرأى بشأن طبيعة ، وحدود السلطة الممنوحة للقضاء العـــام فى الدولة لتعيين أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى الـــنزاع موضـــوع الإتفاق على التحكيم - كلهم ، أو بعضهم - عند وجود عــــائق يحـــول دون تكوين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم

ولايسعنا فى ختام هذه الدراسة إلا أن نحيى المشـــرع الوضعـــى المصـــرى باصداره قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية ، بهدف تشجيع الإستثمار الأجنبى فى مصـــر . والذى دعانا لذلك ، هو ماتضمنه القانون المذكور من حرية أطراف الـــنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى الإتفاق على كيفية اختيار أعضـــــاء هيئـــة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وتســـميتهم واختيار القواعد التى تسرى على الإجراءات ، وتعيين مكان التحكيم ، واللغـــة التى تتم بها عمليات التحكيم ، وتأكيده على استقلال هيئـــة التحكيـــم المكلفـــة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، بتخويلـــــها الإختصـــاص بنظر طلبات رد أعضائها ، والفصل فى الدفوع المتعلقة بعـــدم اختصاصـــها وتحريم الطعن فى الأحكام الصادرة منها ، بالطرق المنصوص عليـــها فـــى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية المصرى لأحكام القضاء العام فى الدولة

وتيسيرا على أطراف النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فقد خـــول قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المـــواد المدنية ، والتجارية لمحكمة الإستئناف الإختصاص بالفصل فى المسائل التـــى يحيلها إلى القضاء العام الدولة ، وجعل من هذه المحكمة ســـلطة لاستكمال

تشكيل هيئة التحكيم المكلفة الفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم عند امتناع أحد الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " ، أو ماشابه ذلك من ظروف تحول دون قيام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بمباشرة مهمة التحكيم .

وقد خول قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية للأطراف المحتكمين الحق فى اختيار الإجراءات الخاصة بالتحكيم ، بشرط مراعاة أصول التقاضى . وفى مقدمتها : المساواة بين الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " . ولضمان سرعة تنفيذ أحكام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فقد نص القانون المذكور على أن رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يكون خلال تسعين يوما من تاريخ صدوره .

وختاما ، فإننى أود أن أورد بعضا من التوصيات :

التوصية الأولى :

أوصى القضاء المصرى وهو بصدد بحث وجود رضاء المتعاقدين بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم - **الحالة ، أو المستقبلية** - ألا يفترض هذا الرضاء ، وألا يعتمد وجوده ، إلا بعد ثبوته بوجه يقينى ومؤكد ، لايحتمل لبسا ، أو غموضا ، ودون إسناد إرادة مخالفة لأحد الأطراف المتعاقدة فى هذا الشأن ، وأن يحذوا حذو القضاء الفرنسى بشأن موقفه من إثبات وجود رضاء الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " بالإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - حيث أحال المسألة عندئذ إلى البحث عن حقيقة قصدهم .

التوصية الثانية :

أوصى القضاء المقارن بأن يلتزم كامل الحيطة ، والحذر عند تفسير الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان ، أم مشارطة** - فلايعمل على التوسع في تحديد نطاق المنازعات الخاضعة لنظام التحكيم ، والتى يشملها الإتفاق على التحكيم - **شرطا كان** ، أم مشارطة - وخاصة ، إذا كانت إرادة الأطراف المحتكمين " **أطراف الإتفاق على التحكيم** " المعبر عنها فى اتفاقهم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم واضحة فى قصر ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم على منازعات معينة ، دون غيرها .

ثالثا :

أرى ضرورة تدخل المشرع الوضعى الفرنسى بتعديل تشريعى جديد لنصوص التحكيم الواردة فى مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية ، يقرر فيه مشروعية شرط التحكيم فى المنازعات المدنية ، والتجارية على حد سواء دون تفرقة بينها ، ليساير بذلك تطور الممارسة العملية ، والتزايد نحو إدراج شروط التحكيم فى عقود المعاملات الداخلية ، والدولية على حد سواء . فطالما توافرت الضمانات التشريعية التى تحمى حقوق الأفراد ، والجماعات عند التجائهم لنظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، فإننا لانجد مبررا لإيجاد تفرقة بين المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن المسائل التجارية ، وتلك التى يمكن أن تنشأ عن المسائل المدنية ، فيما يتعلق بنطاق شرط التحكيم ، الذى يواجه نزاعا محتملا ، وغير محددة ، يمكن أن ينشأ عن تفسير العقد ، أو تنفيذه . خاصة ، وأن التفرقة بين المواد المدنية ، والمواد التجارية تثير كثيرا من الصعوبات أمام القضاء المقارن .

ذلك أن القضاء المقارن وهو بصدد البحث فى مسألة الإختصاص ، يعمد إلى تمييز الأعمال التجارية عن الأعمال المدنية ، حيث يثور التساؤل عما إذا كان النزاع المثار خاضعا لقضاء التحكيم ، أم خاضعا للقضاء العام فى الدولة

صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص .**

فضلا عن أن التفرقة بين الأعمال المدنية ، والأعمال التجارية لاتقوم على سبب منطقى ، حيث أنه لايقبل الإعتراف بمزايا نظام التحكيم فى بعض المنازعات بين الأفراد ، والجماعات ، وإنكارها فى البعض الآخر منها .

وإن كان المشرع الوضعى الفرنسى قد توسع فى إجازة شرط التحكيم فى بعض المنازعات ، بالرغم من طبيعتها المدنية ، ولم يعد الحال كما كان عليه فى الماضى - **فكان الاصل هو بطلان شرط التحكيم ، والإستثناء هو إجازته** - إلا أننا مع ذلك نأمل فى التدخل التشريعى فى فرنسا ، لإجازة شرط التحكيم ، للفصل فى جميع المنازعات - **سواء ماكان منها ذا طبيعة مدنية أو ذا طبيعة تجارية** - عن طريق نظام التحكيم ، دون الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها - إلا ماإستثنى** بنص قانونى وضعى خاص ، على منوال القانون الوضعى المصرى ، والذى أجاز التجاء الأفراد ، والجماعات إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بدلا من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات بين الأفراد ، والجماعات - **وأيا كان موضوعها** - إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، سواء كان ذلك فى صورة شرط للتحكيم ، سابقا على نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أم كان فى صورة مشارطة تحكيم ، يتم إبرامها بعد نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

ولم يفرق المشرع الوضعى المصرى فى مشروعية التجاء الأفراد والجماعات إلى نظام التحكيم ، للفصل فى منازعاتهم ، بين المنازعات

التجارية ، والمنازعات المدنية ، مما جعل مجال التحكيم أوسع فـــى القــانون الوضعى المصرى ، عنه فى القانون الوضعى الفرنسى المقارن .

قائمـــــة بأهـــم المراجــــع

أولا : باللغة العربية

١ - المؤلفات العامة

إبراهيم نجيب سعد :

القانون القضائى الخاص - الجزء الأول - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد أبو الوفا :

إجراءات التنفيذ فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة - الطبعـــة السادسة - ١٩٧٦ ، الطبعة الثامنة - ١٩٨٢ ، الطبعـــة التاســـعة - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الدفوع فى قانون المرافعـــات - الطبعـــة السادســـة - ١٩٨٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية عشـــرة - ١٩٨٥ ، الطبعة الرابعة عشرة - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد السيد صاوى :

الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجاريـــة - الطبعة الثانية - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد خليل :

قانون المرافعات المدنية ، والتجاريـــة " **الخصومـــة ، والحكـــم ، والطعن** " - ١٩٩٦ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية .

أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد :

التنفيذ علما ، وعمـــلا - الطبعــة الثانيــة - ١٩٢٧ - مطبعة كلية الآداب بالقاهرة .

أحمد ماهر زغلول :

الموجز فى أصول ، وقواعد المرافعات ، وفقـــا لمجموعـــة المرافعات المدنية ، والتجارية ، والتشريعات المرتبطة بها - الجـزء الأول - التنظيم القضائى ، ونظرية الإختصاص - الطبعة الأولى - ١٩٩١ .

أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجاريـة والتشريعات المرتبطة بها - الطبعة الثانيـــة - ١٩٩٤ ، الطبعـــة الثالثـــة - ١٩٩٧ - دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

أحمد مسلم :

أصول المرافعات - ١٩٦١ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

أحمد محمد مليجى موسى :

التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات ، معلقا عليـــها بآراء الفقه ، وأحكام النقض - ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أمينة مصطفى النمر :

أحكام التنفيذ الجبرى ، وطرقه - الطبعة الثانيـة - ١٩٧١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قوانين المرافعـــات - الكتـــاب الأول - ١٩٨٢ - منشـــأة المعارف بالأسكندرية .

أنور العمروسى :

قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٧٥ - دار نشر الثقافـة بالأسكندرية .

أنور طلبة :

الإثبات فى المواد المدنية ، والتجاريــة ، والأحــوال الشــخصية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

حسنى المصرى :

القانون التجارى - الكتــاب الأول - ١٩٨٧ - دار النهضــة العربية بالقاهرة .

رأفت محمد حماد :

المدخل لدراسة القانون - الطبعــة الأولــى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

رمزى سيف :

قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية فى قــانون المرافعــات الجديد - الطبعة الأولى - ١٩٥٧ - مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة .

الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعــة التاسعة - ١٩٦٩ /١٩٧٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

سلامة فارس عزب :

دروس فى قانون التجارة الدولية " ماهيته ، مصــادره ، دوافع وجوده ، ومنظماته " - ٢٠٠٠ - بدون دار نشر .

سليمان مرقس :

أصول الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانيــة - ١٩٥٢ - المطبعة العالمية بالقاهرة .

صوفى أبو طالب :

مبادئ تاريخ القــانون - ١٩٦٧ - دار النهضــة العربيــة بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى :

مبادئ المرافعات - ١٩٧٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى ، محمود محمد هاشم :

المبادئ العامة فى التنفيذ طبقا لقانون المرافعات الجديد - الطبعة الأولى - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

عبد الباسط جميعى ، عزمى عبد الفتاح :

الوجيز فى شرح قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ .

عبد الحميد أبو هيف :

المرافعات المدنية ، والتجارية ، والنظام القضائى فى مصر - الطبعة الثانية - ١٩٢١ - مطبعة الإعتماد بالقاهرة .

طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٢٣ - مطبعة الإعتماد بالقاهرة.

عبد الرزاق أحمد السنهورى :

الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الخامس - العقود التى تقع على الملكية - المجلد الثانى ، الجزء السادس - العقود الواردة على الإنتفاع بالشئ " الإيجار والعارية " - الطبعة الأولى - ١٩٦٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة ، الجزء السابع - العقود الواردة على العمل - المجلد الأول - الطبعة الثانية - ١٩٨٩ .

عبد المنعم الشرقاوى :

شرح المرافعات - الطبعة الاولى - ١٩٥٠ - دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة .

عبد الودود يحيى :

النظرية العامة للإلتزامات - الطبعة الثانية - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الوهاب العشماوى :

إجراءات الإثبات فى المواد المدنيـــة ، والتجاريـــة - الطبعة الاولى - ١٩٨٥ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

على صادق أبو هيف :

القانون الدولى العام - الطبعة الثانية - ١٩٦٦ .

فتحى والى :

التنفيذ الجبرى - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ ، الطبعة الثانية - ١٩٧٤ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى اللبنانى - دراسة مقارنة - الطبعة الأولـــى - ١٩٧٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى الكويتى - دراسة لمجموعة المرافعات المدنيـة ، والتجارية ، وأهم التشريعات المكملة لـــها - الطبعـــة الأولـــى - ١٩٧٧ - مطبعة جامعة الكويت .

الوسيط فى قانون القضاء المدنـــى - - الطبعـــة الأولـــى -١٩٨٠، الطبعة الثانية - ١٩٨٦ ، الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ - دار النهضـــة العربيـــة بالقاهرة .

مبادئ قانون القضاء المدنى - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ - دار النهضـــة العربية بالقاهرة .

محسن شفيق :

الوجيز فى القانون التجارى - الجزء الأول - الطبعة الأولـــى - ١٩٦٨/١٩٦٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد العشماوى :

قواعد المرافعات فى القانون الأهلى ، والمختلـــط - الطبعـــة الأولى - ١٩٢٨ - مطبعة الإعتماد بالقاهرة .

محمد توفيق سعودى :

القانون التجارى - الجزء الأول - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد حامد فهمى :

المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٤٠ - مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة .

تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية ، والحجوز التحفظية - الطبعة الثانية - ١٩٥٢ - مطبعة فتح الله إلياس نورى بالقاهرة .

محمد حسام محمود لطفى :

المدخل لدراسة القانون فى ضوء آراء الفقه ، وأحكام القضاء - طبعة سنة ١٩٩١/١٩٩٠ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

محمد عبد الخالق عمر :

النظام القضائى المدنى - الجزء الأول - المبادئ العامة - الطبعة الاولى - ١٩٧٦ ، الطبعة الثانية - ١٩٧٨ - دار النهضة لعربية بالقاهرة .

محمد ، وعبد الوهاب العشماوى :

قواعد المرافعات فى التشريع المصرى ، والمقارن - الجزء الأول - ١٩٥٧ - مطبعة الآداب بالقاهرة .

محمد كامل مرسى :

شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماه - ١٩٤٩ - المطبعة العالمية بالقاهرة .

محمد كمال أبو الخير :

قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم - الطبعة الرابعة - ١٩٨٥ - الناشر محمد خليل بالقاهرة .

محمد كمال عبد العزيز :

تقنين المرافعات فى ضوء القضاء ، والفقـه - الطبعـة الثانية - ١٩٧٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد محمود إبراهيم ، مصطفى كيرة :

أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنـهج القضائى - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمود السقا :

تاريخ القانون المصرى - الطبعة الأولى - ١٩٧٠ - مكتبة القاهرة العربية .

فلسفة ، وتاريخ النظم القانونية ، والإجتماعيـة - ١٩٧٥ - بـدون دار نشر .

محمود حافظ غانم :

مبادئ القانون الدولى العام - ١٩٨٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود سمير الشرقاوى :

القـانون التجـارى - الجـزء الأول - ١٩٧٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود محمد إبراهيم :

أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنـهج القضـائى - ١٩٩٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محمود محمد هاشم :

القواعد العامة للتنفيـذ القضـائى - ١٩٨٠ - دار الفكـر العربى بالقاهرة .

قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - الطبعة الأولـى - ١٩٨١ ، الطبعة الثالثة - ١٩٩١ - دار التوفيق للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

النظرية العامة للتنفيذ القضائى فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٨٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

قواعد التنفيذ الجبرى ، وإجراءاته فى قانون المرافعات - الطبعة الثانية - ١٩٩١ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

نادية محمد معوض / عاطف راشد الفقى :

قانون التجارة البحرية - ١٩٩٦ - مطابع الولاء الحديثة بشبين الكوم - المنوفية .

نبيل إسماعيل عمر :

المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قانون المرافعات المدنية والتجارية - ١٩٩٤ - دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية .

وجدى راغب فهمى :

النظرية العامة للتنفيذ القضائى - الطبعة الأولى - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

مبادئ القضاء المدنى - - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

التنفيذ القضائى وفقا لأحدث التعديلات التشريعية فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - ١٩٩٥ - بدون دار نشر .

وجدى راغب فهمى ، أحمد ماهر زغلول :

دروس فى المرافعات ، وفقا لمجموعة المرافعات المدنية ، والتجارية ، وتعديلاتها المستحدثة - الجزء الثانى - قواعد مباشرة النشاط القضائى - مبادئ الخصومة المدنية - ١٩٩٦ - دار أبو المجد للطباعة ، والنشر بالقاهرة .

٢ - المؤلفات الخاصة

إبراهيم أحمد إبراهيم :

التحكيم الدولى الخاص - ١٩٨٦ - بدون دار نشر .

إبراهيم شحاته :

معاملة الإستثمارات الأجنبية فى مصر - ١٩٧٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أبو اليزيد على المتيت :

الأصول العلمية ، والعمليـــة لإجـــراءات التقــاضى - المكتب الجامعى الحديث - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ .

أبو زيد رضوان :

الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى - ١٩٨١ - دار الفكـــر العربى بالقاهرة .

أبو زيد رضوان ، حسام عيسى :

شركات المساهمة ، والقطاع العــلم - ١٩٨٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد أبو الوفا :

التحكيم بالقضاء ، وبالصلح - الطبعة الأولى - ١٩٦٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

عقد التحكيم ، وإجراءاته - - الطبعة الأولى - ١٩٧٤ - منشــأة المعارف بالأسكندرية .

التحكيــم الإختيــارى ، والإجبـــارى - ط٣ - ١٩٧٨ ، ط٤ - ١٩٨٣ ، ط٥ - ١٩٨٨ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثانية ١٩٨٠ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الأحكام فى قانون المرافعات - الطبعة الرابعة - ١٩٨٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

نظرية الدفوع فى قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٨٠ ، الطبعة الثانية - ١٩٨٨ - الطبعة التاسعة - ١٩٩١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

التحكيم فى القوانين العربية - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ -منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد حسنى :

عقود إيجار السفن - ١٩٨٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

قضاء النقض البحرى - الطبعة الثانية - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

أحمد قسمت الجداوى :

التحكيم فى مواجهة الإختصاص القضائى الدولى - تنازع الإختصاص ، وتنازع القوانين - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أحمد ماهر زغلول :

أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى ، وضوابط حجيتها - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها ، أو النظام الخاص للمراجعة " **تصحيح الأحكام ، تفسيرها ، إكمالها** " - دراسات فى نظم مراجعة الأحكام - الطبعة الأولى - ١٩٩٣ .

أحمد نصر الجندى :

الولاية على المال - الطبعة الأولـــى - ١٩٨٦ - القــاهرة الحديثة للطباعة .

أكثم أمين الخولي :

العقود المدنية - الطبعة الأولى - ١٩٥٧ - مطبعة نهضـــة مصر بالقاهرة .

العقود المدنية " الصلح ، الهبة ، والوكالة " - الطبعة الثالثـة - ١٩٨٣ - دارالنهضة العربية بالقاهرة .

أمينة مصطفى النمر :

مناط الإختصاص ، والحكم فى الدعـــاوى المســتعجلة - الطبعة الأولى - ١٩٧٤ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

ثروت حبيب :

دروس فى قانون التجارة الدولية - ١٩٧٥ - دار الفكر العربـــى بالقاهرة .

خميس خضر :

العقود المدنية الكبيرة - - الطبعة الأولـــى - ١٩٧٦ ، الطبعـة الثانية - ١٩٨٤ ، الطبعة الثالثة - ١٩٨٦ - دار النهضة الغربية بالقاهرة .

سامية راشد :

التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصـــة - الكتـاب الأول - إتفــاق التحكيم - ١٩٨٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

التحكيم فى إطار المركز الإقليمى بالقـــاهرة ، ومـدى خضوعـه للقانون المصرى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

دور التحكيم فى تدويل العقود - ١٩٩٠ - دار النهضـــة العربيـة بالقاهرة .

عادل محمد خير :

مقدمة فى قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤
- الطبعة الأولى - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عبد الحكيم فودة :

البطلان فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٩٣ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية .

عبد الحميد الشواربى :

البطلان المدنى " الإجرائى ، والموضوعى " - ١٩٩٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

التحكيم ، والتصالح فى ضوء الفقه ، والقضاء ، والتشريع - ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية .

عبد الحميد المنشاوى :

التحكيم الدولى ، والداخلى فى المواد المدنية ، والتجارية ، والإدارية ، طبقا للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

عبد الفتاح عبد الباقى :

نظرية العقد ، والإرادة المنفردة - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز :

التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثالثة - ١٩٨٤ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة .

التعليق على نصوص قانون المرافعات - الطبعة الثانية - ١٩٨٥ - طبعة نادى القضاة بالقاهرة .

عزمى عبد الفتاح :

قانون التحكيم الكويتى - الطبعة الأولى - ١٩٩٠ - مطبوعات جامعة الكويت .

أساس الإدعاء أمام القضاء المدنى - ١٩٩١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

على على منصور :

الشريعة الإسلامية ، والقانون الدولى العام - الطبعة الأولى - ١٩٦٢ .

محسن شفيق :

التحكيم التجارى الدولى - دراسة فى قانون التجارة الدولية - دروس ألقيت على طلبة دبلوم القانون الخاص - بكلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٧٣ .

محمد السعيد رشدى :

أعمال التصرف ، وأعمال الإدارة فى القانون الخاص - الطبعة الأولى - ١٩٨٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد سعد الدين الشريف :

الولاية على مال القاصر - الطبعة الأولى - ١٩٤١ - مكتبة الآداب بالقاهرة .

محمد عبد اللطيف :

القضاء المستعجل - الطبعة الرابعة - ١٩٧٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمد على راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب :

قضاء الأمور المستعجلة - الجزء الأول - الطبعة السادسة - ١٩٨٥ - عالم الكتب بالقاهرة .

محمد على عرفة :

أهم العقود المدنية - الكتاب الأول - العقود الصغيرة - ١٩٤٥ - مكتبة عبد الله وهبة بالقاهرة .

محمد كمال حمدى :

القاضى فى الولاية على المال - الطبعة الأولى - ١٩٦٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

الولاية على المال - الطبعة الثانية - ١٩٨٧ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

محمد نور عبد الهادى شحاته :

الرقابة على أعمال المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

النشأة الإتفاقية لسلطات المحكمين - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود جمال الدين زكى :

العقود المسماه - الطبعة الأولى - ١٩٦٠ - مطابع دار الكتاب العربى بمصر .

محمود سمير الشرقاوى :

الشركات التجارية فى القانون المصرى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

محمود محمد هاشم :

إتفاق التحكيم ، وأثره على سلطة القضاء فى الفقه الإسلامى والأنظمة الوضعية - دراسة مقارنة - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية الجزء الأول - إتفاق التحكيم - ١٩٩٠ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

محيى الدين إسماعيل علم الدين :

منصة التحكيم التجارى الدولى - الجزء الأول - ١٩٨٦ - شركة مطابع العنانى بالقاهرة .

مختار أحمد بريرى :

التحكيم التجارى الدولى - دراسة خاصة للقانون المصرى الجديد بشأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية - ١٩٩٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

مصطفى مجدى هرجة :

الجديد فى القضاء المستعجل - الطبعة الثانية - ١٩٧٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

أحكام ، وآراء فى القضاء المستعجل ، والتنفيذ الوقتى - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار الثقافة للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

نبيل إسماعيل عمر :

الدفع بعدم القبول ، ونظامه القانونى فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية - الطبعة الأولى - ١٩٨١ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

هشام الطويل :

الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات - ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

هشام على صادق :

مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقات الخاصة الدولية - ١٩٨٧ - الدار الفنية للطباعة ، والنشر بالأسكندرية .

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - ١٩٩٥ - منشأة المعارف بالأسكندرية .

وجدى راغب فهمى :

مبادئ الخصومة المدنية - بدون سنة نشر - دار الفكر العربى بالقاهرة .

يس محمد يحيى :

عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية ، والقـــانون الوضعـــى - دراسة مقارنة - ١٩٧٨ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

٣ - الرسائل العلمية

إبراهيم العنانى :

اللجوء إلى التحكيم الدولى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٦٥ - ومطبوعة سنة ١٩٧٣ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

أحمد حشيش :

الدفع بعدم قبول الدعوى فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقو ق - جامعة الأسكندرية - سنة ١٩٨٦ .

أحمد محمد مليجى موسى :

تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٧٩.

أحمد نشأت :

الإثبات فى المواد المدنية ، والتجارية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٨ .

أسامة الشناوى :

المحاكم الخاصة فى مصر - رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة .

إسماعيل أحمد محمد الأسطل :

التحكيم فى الشريعة الإسلامية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٨ .

أشرف عبد العليم الرفاعى :

التحكيم ، والنظام العام فى العلاقات الدولية الخاصة - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٩٦ ، ومطبوعة سنة ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

السيد عبد العال تمام :

النظرية العامة لارتباط الدعاوى المدنية - ١٩٩١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

القطب محمد طبلية :

العمل القضائى فى القانون المقارن ، والجهات الإدارية ذات الإختصاص القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٥ ، ومطبوعة سنة ١٩٦٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

أميرة صدقى :

النظام القانونى للمشروع العام ، ودرجة أصالته - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٩ ، ومطبوعة سنة ١٩٧١ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

بدرخان عبد الحكيم إبراهيم :

المعيار المميز للعمل القضائى - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٤ .

بشندى عبد العظيم أحمد :

حماية الغير فى قانون المرافعات - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩١ .

شمس مرغنى على :

التحكيم فى منازعات المشروع العام - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٦٨ ، ومطبوعة سنة ١٩٧٣ - عالم الكتب بالقاهرة .

عاطف محمد راشد الفقى :

التحكيم فى المنازعات البحرية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٦ .

عبد القادر الطورة :

قواعد التحكيم فى منازعات العمل الجماعية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٨ .

على الشحات الحديدى :

دور الخبير الفنى فى الخصومة المدنية - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩١ .

على رمضان بركات :

خصومة التحكيم فى القانون المصرى ، والمقارن - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٩٦ .

على سالم إبراهيم :

ولاية القضاء على التحكيم - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة عين شمس - سنة ١٩٩٦ ، ومطبوعة سنة ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

عيد محمد عبد الله القصاص :

إلتزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة الزقازيق - سنة ١٩٩٢ .

فتحى والى :

نظرية البطلان فى قانون المرافعات - رسالة مقدمه لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٥٨ ، ومطبوعة سنة ١٩٥٩ - الطبعة الأولى - منشأة المعارف بالأسكندرية .

محمد شوقى شاهين :

الشركات المشتركة - طبيعتها ، وأحكامها فى القانون المصرى ، والمقارن - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٧ .

محمود السيد عمر التحيوى :

إتفاق التحكيم ، وقواعده فى قانون المرافعات ، وقانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ - رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه فى القانون - لكلية الحقوق جامعة المنوفية - سنة ١٩٩٥

وجدى راغب فهمى :

النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات - ١٩٧٤ - دار الفكر العربى بالقاهرة .

٤ ـ الأبحاث ، والمقالات

إبراهيم أحمد إبراهيم :

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية - مقالة منشــورة بالمجلــة المصرية للقانون الدولي - المجلد رقم (٣٧) -١٩٨١ - ص ص ٣٥ - ٦٣ .

أبو اليزيد على المتيت :

التحكيم البحرى - مقالة منشورة فى مجلة هيئة قضايــا الدولة - س (١٩) - العدد الأول - يناير / مارس ســنة ١٩٧٥ - ص ص ٢٨ - ٨٦ .

أحمد أبو الوفا :

التحكيم الإختيارى - - مقالة منشــورة بمجلــة الحقــوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (٦) - ١٩٥٢ / ١٩٥٣ - ص ٤ ومابعدها .

تكييف وظيفة المحكم - مقالة منشــورة فــى مجلــة المحامــاه المصريــة - س (٣٧) - ع (٧) - ١٩٥٢ /١٩٥٣ - ص ص ٨٤٤ - ٩٠٧ .

عقد التحكيم ، وإجراءاته - مقالة منشــورة بمجلــة الحقــوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (١٥) - ١٩٧٠ - ص ٣ ومابعدها .

أحمد رفعت خفاجى :

خواطر حول نظام التحكيم بغرفة التجارة الدولية ببــاريس - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القاهرة حول الإلتجاء إلى التحكيم بالمنطقة ، بـدلا

من الإلتجاء إلى التحكيم فى دول الغرب ، والمنعقدة فى الفترة من(١٩) - (٢١) أكتوبر - سنة ١٩٩١ .

أحمد شرف الدين :

مراكز التحكيم العالمية - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر القاهرة / الأسكندرية - حول التحكيم التجارى الدولى - أكتوبر سنة ١٩٩٠ - ص ٢٩ ومابعدها .

أشرف الشوربجى :

المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الأسكندرية ، والمنعقد فى الفترة من(١٩-٢١) أكتوبر سنة ١٩٩١ - حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم بالمنطقة - ص ١٢٠ ومابعدها .

أكثم أمين الخولى :

خلفيات التحكيم - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر تحكيم الشرق الأوسط ، والذى انعقد بالقاهرة فى يناير سنة ١٩٨٩ .

حسن البغدادى :

القانون الواجب التطبيق فى شأن صحة شرط التحكيم ، وقرارات هيئات التحكيم ، وتنفيذها - مقالة منشورة بمجلة هيئة قضايا الدولة - س (٣٠) - ع (٢) - ص ص ٣ - ٤٣ .

حسنى المصرى :

شرط التحكيم التجارى - ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم بالقاهرة - سنة ١٩٨٩ .

رضا محمد إبراهيم عبيد :

شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى - مقالة منشورة بمجلة الدراسات القانونية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة أسيوط - العدد السـ - يونية سنة ١٩٨٤ - ص ١٩٥ ومابعدها .

سمير عبد السيد تناغوا :

إصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيـــازات الأجنبية ، وتعدد جهات القضاء - مقالة منشورة بمجلة الحقـــوق - تصدرهـــا كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (١٤) - ١٩٦٩ - العددان الثــالث ، والرابع - ص ١٧٤ ومابعدها .

عا... ...خرى :

التحكيم بين العقد ، والإختصاص القضائى - مقالة منشـــورة فـــى مجلة المحاماه المصرية - س (٥١) - سنة ١٩٧١ - ص ص ٥٠ - ٥٧ .

عبد الحسين القطيفى :

دور التحكيم فى فض المنازعات الدولية - مقالة منشـــورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقـــوق - جامعـــة عين شمس - - ع (١) - سنة ١٩٦٩ - ص ٣٢ ومابعدها .

عبد الحميد الأحدب :

التحكيم بالصلح فى الشرع الإسلامى ، والقوانين الأوربيـــة - ورقة عمل مقدمة فى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط - القاهرة - يناير ســـنة ١٩٨٩ .

عز الدين عبد الله :

تنازع القوانين فى مسائل التحكيم فى مواد القانون الخـــاص - مقالة منشورة فى مجلة العدالة - يوليو سنة ١٩٧٩ - العدد التاســـع عشـــر - تصدر عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة - أبو ظبى .

على بدوى :

أبحاث فى تاريخ الشرائع - مقالة منشورة فى مجلـــة القـــانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة القـــاهرة - س (١) - ع (١) - يناير سنة ١٩٣١ .

عمرو مصطفى درباله :

مراكز التحكيم العالمية - ورقة عمل مقدمة لندوة المركز الدولى للتحكيم التجارى بالأسكندرية - ص ص ٩٨ - ١١٩ .

فتحى والى :

إختيار المحكمين فى القانون المصرى - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم بالقاهرة – حول المشكلات الأساسية للتحكيم الدولى من منظور التطوير - يناير سنة ١٩٧٨ .

فخرى أبو يوسف مبروك :

مظاهر القضاء الشعبى لدى الحضارات القديمة - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونيةية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (٦) - ع (١) - يناير سنة ١٩٧٤ - ص ١٠٣ ومابعدها .

محمد طلعت الغنيمى :

شرط التحكيم فى اتفاقات البترول - مقالة منشورة فى مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية - س (١٠) ١٩٦٠ / ١٩٦١ - العددان الأول ، والثانى - ص ٦٧ ومابعدها .

محمد لبيب شنب :

الأعمال التجارية المختلطة ، ونطاقها ، ونظامها القانونى - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س(٦) - يوليو سنة ١٩٦٤ ، ع(٢) - ص ٢٤٦ ومابعدها .

محمود سلام زناتى :

التحكيم عند العرب – ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم – العريش - سنة ١٩٨٩ .

محمود محمد هاشم :

إستنفاد ولاية المحكمين - مقالة منشورة فى مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (٢٦) - ع (١) ، (٢) - ١٩٨٣ /١٩٨٤ - ص ص ٥٣ - ١٠٦ .

هشام على صادق :

خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين فى العلاقـــات الخاصة الدولية - ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم فى القـــانون الداخلـــى ، والقانون الدولى - العريش الفترة من (٢٠) - (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٨٧ - المطبعة العربية الحديثة - ١٩٨٨ - ص ٥ ومابعدها .

وجدى راغب فهمى :

نحو فكرة عامة للقضاء الوقتى فى قـــانون المرافعـــات - مقالة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس - س (١٥) - ١٩٧٣ - ع (١) - ص ٢٤٥ ومابعدهـا .

دراسات فى مركز الخصم أمـــام القضـــاء المدنـــى - مقالـــة منشورة بمجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرهـــا كليـــة الحقـــوق - جامعة عين شمس - س (١٨) - ١٩٧٦ - ع (١) - ص ٧١ ومابعدها .

طبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحاكم - مقالـــة منشـــورة بمجلـــة مؤتمر التحكيم العربى - ١٩٨٧ .

مفهوم التحكيم ، وطبيعته - مقالة منشورة فى الدورة التدريبيـة للتحكيم - كلية الحقوق - جامعة الكويت - ١٩٩٢ /١٩٩٣ - ص ٤ ومابعدها .

هل التحكيم نوع من القضاء ؟ . دراسة انتقادية لنظرية الطبيعـة القضائية للتحكيم - مقالة منشورة بمجلة كلية الحقوق - جامعة الكويت - س (١٧) - العددان الأول ، والثانى - مارس / يونيو - ســـنة ١٩٩٣ - ص ص ٣١ - ١٧٣ .

خصومة التحكيم - مقالة منشورة فى مؤتمر التحكيم فى القـــانون الداخلى ، والقانون الدولى - العريش فى الفـــترة مـــن (٢٠) إلـــى (٢٥) سبتمبر سنة ١٩٩٣ .

نظام التحكيم فى قانون المرافعات الكويتى - مقالة منشورة ضمـن برنامج الدورات التدريبية بكلية الحقوق - جامعة الكويـت - ١٩٩٣ - ص ٢ ومابعدها .

٥ – الدوريات ، ومجموعات الأحكام

التشريع ، والقضاء .

المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم الأهلية .

مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية " **مجموعة النقض** " .

مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ، والإبرام " **محمود أحمد عمر** " " **مجموعة عمر** " .

مجموعة المبادئ التى قررتها محكمة النقض المصرية فى خمسين عام ، فى الفترة من سنة ١٩٣١ ، حتى ١٩٨١ ، وملحق من سنة ١٩٨٢، حتى سنة ١٩٨٥ – أنور طلبة – دار الثقافة بالأسكندرية .

مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض المصرية فى الخمسة ، والعشرين عاما " **الجمعية العمومية – الدائرة المدنية** " .

مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات – يناير سنة ١٩٧٠ – يناير سنة ١٩٧٥ – السيد محمد خلف – الهيئة المصرية العامة للكتاب – الطبعة الأولى – ١٩٨٢/١٩٨٣ .

مجموعة حسن الفكهانى لدى محكمة النقض – الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية – إصدار الدار العربية للموسوعات " **حسن الفكهانى** " – القاهرة – ديسمبر سنة ١٩٨١ – ملحق رقم (١) .

الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية فى مصر ، والدول العربية " **مدنى ، جنائى ، دولى** " – الطبعة الثانية – تقديم محمد زكى عبد المتعال – ١٩٨٧ – دار الفكر العربى بالقاهرة .

مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية ، والدائرة المدنية فى خمس سنوات – فى الفترة من ١٩٨٠ – إلى ١٩٨٥ – دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية – سنة ١٩٨٨ .

مجلة العلوم القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة عين شمس .

مجلة القانون ، والإقتصاد - تصدرها كلية الحقوق - جامعة [illegible]

مجلة الحقوق للبحوث القانونية ، والإقتصادية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة الأسكندرية .

مجلة المحاماه المصرية - تصدرها نقابة المحامين بمصر .

مجلة إدارة قضايا الحكومة " هيئة قضايا الدولة حاليا " - يصدرها المكتب الفنى لهيئة قضايا الدولة .

مجلة الجمعية المصرية للقانون الدولى - " مجلة مصر المعاصرة " .

مجلة الدراسات القانونية - تصدرها كلية الحقوق - جامعة أسيوط .

مجلة روح القوانين - تصدرها كلية الحقوق - جامعة طنطا .

ثانيا : باللغة الفرنسية

1 – Ouvrages generaux.

AUBRY et RAU :
Cours de droit civil Francais . 6 ed . 1964 .

BERTIN :
Principes de droit international prive . Paris . 1920 . T . 1 .

M . BIOCHE :
Dictionnaire de procedure civile et commerciale . T . 1 . Paris . 1867 .

CARBONNIER (J .) :
Droit civil . T . 1 . 11e ed . 1956 .

G . CORNU et FOYER :
Procedure civile . Paris . 1958 .

GARSONNET et CEZAR – BRU :
Traite theorique et pratique de procedure civile et commerciale . T . V111 . 1904 .

GLASSON (E .) , TISSIER et MOREL :
Traite theorique et pratique d'Orangisation Judiciaire de competence et de procedure civile . Sirey . Paris . 3e ed . T . 5 . 1936 .

HAMEL (G .) et LAGARD (G .) :
Traite elementaire de droit commercial . Dalloz . Paris . 1954 .

HAMONIC :
L'arbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 .

JAPIOT :
Traite de procedure civile et commercial . 1930 .

JOSSERAND :
Cours de droit civil positif . T . 1 . 1938 . Paris . Sirey .

L . LACOSTE :
Cours elementaire de procedure civile et voies d'execution . 3e ed . Sirey . 1956 .

LAURANT : Principes de droit civil Francais . 2e ed . T . 11 et T
.. ,Paris . 1869 – 1978 .
..ON – CAEN (C . H .) et RENAULT :Traite elementaire
.e droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1921 .
MOR.. (R .) : Traite elementaire de procedure civile . 2e ed .
Sirey . 19..
PERRO.. ROG.. : Institutions Judicia..es . 1983 .
Montch... . Paris
PLANIOL et RIPERT : Traite pratique de droit civile
Francais . T . 1 , 2e ed . 1952 . 1957 .
SOLUS (..) et PERROT (R .) : Droit judiciaire prive .
Paris . Sirey . 1961 .
THALLER (E .) : Traite elementaire de droit commerecial .
5e ed . 1916 . Paris .
VINCENT (J .) : Procedure civile . Dix – neuvieme edition .
1978 . Dalloz . Paris .
VINCENT (J .) , GUINCHARD (S .) : Procedure civile .
28 e ed . D..loz . 20e ed . 1981 . 22e ed . 19..
H . VIZ..Z : Etudes de proc..re . ed . Biere . Bordeaux . 1956
.

2 – Ouvrages speciaux

ALEX WEILL , FRANCOIS TERRE : Droit civile . Les personnes . La famille . Les incapacites . 5e ed . 1983 . Dalloz .

ANTOINE KASSIS : Proleme de la base de l'arbitrage . T . 1 . Paris . L . G . D . J . 1987 .

J . ARETS : Reflexions sur la nature Juridique de l'arbitrage . Annales de la Faculte de droit de Liege . 1962 .

BERNARD (A .) : L'arbitrage volontaire en droit prive Belge et Francais . Bruxelles . 1937 .

E . BERTRAND : Etude exploratoire de l'arbitrage dans les principales matieres de droit prive . 1975 .

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le Droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaire . ed . 1983 . ed . 1990 . . Paris .

A . BRUNETH : Les apports collectifs du travail , 2e ed . 1978 .

CARABIBER : Les developpement de l'arbitrage . sous les suspices de grandes centres d'arbitrage . Dr . Soc . 1956 .

CEZAR – BRU : Commentaire de la loi du 31 Decembre . 1925 . lois nouvelles . . 1 , P . 181 et s .

CHAMY (EDOUARD) : L'arbitrage commercial international dans les pays Arabes . 1985 . Paris .

CHARLES JARROSSON : La notion d'arbitrage . Paris . 1987 . Bibliotheque de Droit prive .

DAVID (R .) : Arbitrage du XIX et arbitrage du XX siecle . Melanges offert a SAVATIER . Dalloz . Paris . 1965 .

L'arbitrage dans le commerce international . Economica . 1981 .

FOUCHARD PHILIPPE : L'arbitrage commercial international . Dalloz . 1965 . Paris .

FOUSTUCOS : L'arbitrage interne et international . Droit prive belenique liter . 1976 . Preface B . GOLDMAN .

M . GOBEAUDE LA BILENNERIE : Traite generale de l'arbitrage . Paris . 1927 .

GRECH (GASTON) : Les chambres arbitrales et l'arbitrage commercial . 1952 .

Precis de l'arbitrage . Tra[illegible] pratique sur la compromissoire et les chambres Arbitrales , 196[illegible]

Les chambres arbitrales en matiere commerciale . 1972 .

HAMONIC (G .) : L'arbitrage en droit commercial . L . G . D . J . Paris . 1950 .

HEINKOTZ REYNALD OTTENIOF : Les conciliateurs . la conciliation . une etude comparative . preface de . ANDRE TUNC . Economica . . 1983 .

Y . JEANCLOS : L'arbitrage en Bourgogne et en champagne du XII au XV sicle . Dijon . 1977 .

KLEIN : Du caractere de la clause compromissoire notamment en matiere d'arbitrage . Revue Critique de Droit international prive . 1961 .

E . LOQUIN : L'mlable composition en droit compare et international . Litec . Paris . 1980 .

LUCUIN FRANCOIS : L'adage nul ne peut se Faire Justice soi meme " in Annales de la Faculte De Droit du Liege . 1967 .

E . MEZGER : De la distinction entre l'arbitre dispense d'observer les regles de la loi et l'arbitre statuant sans appel . Dalloz . 1970 .

MONIER : Mannel elementaire de droit Romain . Montchrestien . 1947 . T . 1 .

MOREL (R .) : La clause compromissoire commercial . l . g . d . j . Paris . 1950 .

MOTULSKY (H .) : Ecrits . etudes et notes sur l'arbitrage . Dalloz . 1974 . Paris .

ROBERT (JEAN) : Traite de l'arbitrage , ed . 1967 .

Arbitrage civile et commercial en droit interne et international prive . Dalloz . 4e ed . 1990 .

J . ROBERT et B . MOREAU : L' arbitrage . droit interne et droit international prive . 6e ed . Dalloz . 1993 .

RODIERE : L'administration mineurs . Etude de Droit compare . Paris . 1950 .

SICARD (JEAN) : Manuel de l'expertise et de l'arbitrage . Paris . Librarie des Journal des notaires et des avocats . 1977 .

3 – Les these

BEAUREGARD (JACQUE) : De la clause compromissoire These Paris . 1911 .

CHARLES PEFORT : Les difficultes soulvees par l'application de la loi 31 Decembre 1925 sur la clause compromissoire. Paris. 1929.

D. COHEN : Arbitrage et societe. These. 1993. Paris 11.

El. GOHARY MOHAMED : L'arbitrage et les contrats commerciaux internationaux a long term. These. Renne 1. 1982.

HERVE CHASSERY : La clause compromissoire en droit interne. These. Montpellier. Mars. 1975.

IBRAHIM N. SAD : La sentence arbitrale. These. Paris. 1969.

JARROSSON : La notion d'arbitrage. These. Paris. 11. 1985. L.G.D.J. Paris, 1987. preface OPPETIT.

JOSEPH MONESTIER : Les moyens d'ordre public. These. Toulouse. 1965.

P. L. LEGE : L'execution des sentences arbitrales en France. These. Renne. 1963.

S. MARECHAL : Le prix de vent laisse a l'arbitrage d'un tiers. These. Lille. 1970.

F. MAUGER : L'arbitrage commercial aux Etats - unis D'Amerique. These. Paris. 1955.

WEILL : Les sentences arbitrales en droit international prive. These. Paris. 1906.

DE MENTION : Le role de l'arbitrage dans l'evolution Judiciaires. These. Paris. 1929.

MOHAMMED ABDEL RHALIK OMAR : La notion d'irrecevabilite en droit Judiciaire prive. These. Paris. 1987.

MOHAMED ARAFA : Les investissements etrangeres en Egypt. These. Nantes. 1989.

MOSTEFA - TRARI - TANI : De la clause compromissoire. These. Rennes. 1985.

J. MOUTON : Nature Juridique de la sentence arbitrale en droit prive. These. Paris. 1938

EL - KADI (OMAR) : L'arbitrage international en droit musulman . droit positif Francais et Egyptien. These. Paris. 11, 1986.

ROTHE (M.) : La clause compromissoire et l'arbitrage depuis la loi de 1925. These. Paris, 1934.

RUBELLIN – DEVICHI : L'arbitrage . nature Juridique . Droit interne et Droit international prive . preface de J . VINCENT . L . G . D . J . Paris . 1965 . 4 – Les articles

ABDEL HAMID EL AHDABE : L'arbitrage en Arabie Saudite . Rev . Arb . 1981 . P . 238 et s .

BARBERY : L'arbitrage dans les societe de commerce . Rev . Arb . 1956 . P . 151 et s .

…RTIN : Refere et nouvel arbitrage . G . P . 1980 . 2 . Doct . 520

Nouvelles voies de recours , G . P . 1982 . 1 . Doct . 289 .

BOUILES (R .) : Sentences arbitrales . autorite de la chose jugee et ordonnance d'exequature . J . C . P . 1961 . 1 . 1660 .

BREDIN : La paralysie des sentences arbitrales par l'abus des voies de recours . Clunet . 1962 . P . 639 .

CARABIBER : L'evolution de l'arbitrage commercial . Recueil des cours . 1960 .

G . CORNU : Le decret du 14 Mai . relatif a l'arbitrage . presentation de la reforme . Rev . Arb . 1980 . 586 .

COUCHEZ : Refere et arbitrage . Rev . Arb . 1986 . P . 155et s .

DELVOLVE : Essai sur la motivation des sentences arbitrales . Rev . Arb . 1989 , 149 .

J . R . DEVICHI : De l'effectivite de la clause compromissoire en cas de pluralite de defeudeurs ou d'appel en garantie dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1981 . P . [illegible] et s .

F EISEMANN : L'independence de l'arbitre . Rev . Arb . 1970 , P . 219 et s .

G . FIECHEUX : Le commission arbitrale des Journalistes . Rev . Arb . 1964 , P . 34 et s .

FOUCHARD (P . H .) : La clause compromissoire inseree dans le contrat mixte . Rev . Arb . 1971 . 1 . P . 1 et s .

Amiable composition et appel . Rev . Arb . 1975 . P . 18 et s .

La cooperation du president du tribunal de grande instance a l'arbitrage . Rev . Arb . 1985 . P . 5 et s .

B . GOLDMAN : Le debat sur l'independence de l'arbitre au symposieum du 20 Nov . 1970. Rev . Arb . 1970 . P . 229 et s .

HAMID ANDALOUSSI : L'independance de l'arbitrage dans les pays Arabes . Bulletin de la cour international d'arbitrage de la CCI . Mai . 1992 . P . 43 et s .

F . E . KLEIN : Consideration sur l'arbitrage en droit international prive . Bole . 1955 .

Autonomie de la volonte et arbitrage . Revue Critique . 1958 . P . 281 et s .

P . LEVEL : Une premiere rotuche au droit a l'arbitrage , laloi du 5 Juillet 1972 , J . C . P . 1972 . 1 . 2494 .

E . LOQUIN : L'Obligation pour l'amaible composition de matiere sa sentence . Rev . Arb . 1976 . P . 223 et s .

MINOLI : Relations entre partie et arbitre . Rev . Arb . 1970 . P . 221 et s .

MOREAU (B .) : La recusation des arbitres dans la Jurisprudence recente . Rev . Arb . 1975 . 223 et s .

MOREL (R .) :L'application a l'arbitrage des regles du nouveau code . Rev . Arb . 1980 . 642 .

MOTULSKY (H .) : Menance sur l'arbitrage . la pretendue incompetence des arbitres en cas de coniatation sur l'existence ou sur la validite d'une clause compromissoire . J . C . P . 1954 . 1 . 1194 .

La nature Juridique de l'arbitrage prevue pour la fixation des prix de vente ou le loger . Rec . gen . lois . 1955 . P . 109 et s.

La respecte de la clause compromissoire . Rev . Arb . 1955 , P . 13 et s

L'arbitrage commercial et les personnes morales de droit public , Rev . Arb . 1956 . P . 38 et s .

La capacite de compromettre des etablissement publics a contrat commercial a propos de l'arret societe national devante surplus , Rev . Arb . 1958 , P . 39et s.

L'evolution recente en matiere international . Rev . Arb . 1959 , P . 3 et s .

competence arbitrale . J . C . P . 57 . ED . 9 J . NORMAND : Les conflits individuel . du travail et l'arbitrage apres la loi du 6 Mai . Arb . 1982 . P . 169 et s.

J . P . PALEWSKI : L'arbitrage en matiere commercial et la jurisprudence de la cour de cassation . Clunet . 1933 . P . 845 et s

J . P . PANSSE : Le respecte du principe de la contradictoire dans les deroulement des operation d'expertise . Gaz . Pal . 1978 . P . 6299 et s .

PERROT (R .) : L'administration de la preuve en matiere d'arbitrage . Rev . Arb . 1974 . P . 159 et s .
voies de recours en matiere d'arbitrage . Rev . Arb . 1980 . P . 2 et s .
L' aplication a l'arbitrage des regles nouveau code de procedure civile . Rev . Arb . 1980 . P . 642 et s .
Influence sur la validite de l'arbitrage les rapports des arbitres avec les parties . Rev . Arb . 1969 . P . 43et s .
L'arbitrage en matiere international . D . 1981 . Chron . 209 .
P . SCHLOSSER : L'arbitrage et les voies des recours . Rev . Arb . 19 P . 28 et s .
VASSEUR (M .) : Essai sur la presence d'une personne a une acte Juridique accompli par d'autres . R . T . D . Civ . 1949 , P . 173 et s .
VAV – HECRE : Arbitrage et restrinction de la currence . Rev . Arb . 1973 . P . 3 et s .
J . VIATTE : De la recasation des arbitres . Gaz . Pal . 1973 . 2 . Doc . P 19 et s
L'amiable composition en Justice . Rec . Gen . Lois et Jurisp . 1974 . P . 563 et s.
Les voies de recours contre les sentences arbitrales . Gaz . Pal . . 1975 . 2 . Doct . 112 et s
WAHL (A .) : La clause compromissoire en matiere commercial ; J . C . P . 1927 . ed . g .

IV periodiques et revues

Buelletin des Arrets de la cour de la cassation " Bull "
Recueil Sirey
Recueil Dalloz Hebdomodaire " D . H . "
Recueil Dalloz Periodique "D . P . "
Recueil Dalloz " D "
La Gazette du Palais " Gaz . Pal "
La Semaine Juridique . Juris - Classeur Periodique " J . C . P . "
Encyclopedie Dalloz , Repertoire De Droit Civile " Enc . D . Rep . Dr . Civ . "
Encyclopedie Dalloz . Repertoire De Droit Procedure Civile " Ency . D . Rep . proc . Civ "
Juris – Classeur De Procedure Civile " Juris . Proc . Civ " ou Juris Class . Proc . Civ ."
Formulaire Analytique de Procedure " For . Analu . Proc "
Revue Critique De legislation et de Jurisprudence " Rev . Crit . Legiset Juris "
Revue du Droit Public et de la science politique " R . D . P . "
Revue international de droit comparee " Rev . Int . Dr . Com ."
Revue generale des assurances terrestres " Rev . Gen . Ass . Terr . "
Revue Trimestrielle de droit civile " R . T . D . Civ . "

محتويـات الكتـاب

تم بحمد الله ، وتوفيقه . . .